

WYROK

z dnia 13 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 grudnia 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SPEC-BRUK Sp. z o.o. Sp. k. w Libiążu i Zakład Robót Specjalistycznych Sp. z o.o. w Pszczynie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Jaworzno,

orzeka:

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Miastu Jaworzno dokonanie powtórnej oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Zadanie A: Rynek Od.Nowa - rewitalizacja śródmiejskiej przestrzeni publicznej w Jaworznie oraz Zadanie B: Remont ulic: Barbary, Mickiewicza, Pocztowej, Zielonej, budowa zjazdu na parking zlokalizowany przed halą MCKiS w Jaworznie”, w tym nakazuje odrzucenie oferty Jerzego Majorka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek” jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wezwanie Krzysztofa Mus prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD Krzysztof Mus” do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania zadania polegającego na budowie lub przebudowie rynku, placu miejskiego lub drogi, gdzie wykonane zostały przekładki, przebudowy lub budowy sieci wodno-kanalizacyjnej**

2. Kosztami postępowania obciąża Miasto Jaworzno i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SPEC-BRUK Sp. z o.o. Sp. k. w Libiążu i Zakład Robót Specjalistycznych Sp. z o.o. w Pszczynie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Miasta Jaworzno na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SPEC-BRUK Sp. z o.o. Sp. k. w Libiążu i Zakład Robót Specjalistycznych Sp. z o.o. w Pszczynie kwotę 23 600 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, Miasto Jaworzno, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Zadanie A: Rynek Od. Nowa - rewitalizacja śródmiejskiej przestrzeni publicznej w Jaworznie oraz Zadanie B: Remont ulic: Barbary, Mickiewicza, Pocztovej, Zielonej, budowa zjazdu na parking zlokalizowany przed halą MCKiS w Jaworznie”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 13.10.2011 r. w Dz.U. UE pod numerem 2011/S 197-320857.

W dniu 21.12.2011 r. zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wynikach przetargu, w tym zawiadomił o wyborze oferty Jerzego Majorek prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek” (zwanego dalej „Steinbudex”) jako najkorzystniejszej oraz przyjęciu do oceny i ocenieniu oferty Krzysztofa Mus prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD Krzysztof Mus” (zwanego dalej „MK-BUD”)

W dniu 30.12.2012 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Spec-Bruk Sp. z o.o. Sp. k. w Libiążu i Zakład Robót Specjalistycznych Sp. z o.o. w Pszczynie wnieśli odwołanie od ww. czynności, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędne zastosowanie i wykładnię, polegające na dokonaniu poprawy omyłek w ofercie wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, pomimo, iż brak było przesłanek do zastosowania wspomnianej instytucji.
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, pomimo, iż oferta ta była niezgodna z treścią SIWZ i nie można jej było poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, pomimo, iż oferta tego wykonawcy stanowiła czyn nieuczciwej konkurencji.
4. art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na braku odrzucenia oferty wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, pomimo, iż oferta tego wykonawcy zawierała rażąco niską cenę.
5. art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i niezastosowanie, polegające na zaniechaniu szczegółowego wyjaśnienia powodów zaproponowania tak niskiej ceny przez wykonawcę działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, w sytuacji, gdy cena oferty tego wykonawcy, wskazuje na zaproponowanie usługi poniżej kosztów jej wytworzenia.
6. art. 91 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i zastosowanie, polegające na wyborze oferty wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, która to oferta winna zostać odrzucona.
7. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 2 pkt 11 i art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 43¹, 43⁴ Kodeksu cywilnego, poprzez ich

niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Krzysztofa Musa;

8. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania Wykonawcy Krzysztofa Musa do złożenia: a) prawidłowego Wykazu wykonanych robót wraz z referencjami potwierdzającymi, że roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną; b) dokumentów wykazujących, że osoby podpisane na oświadczeniach o zobowiązaniu do oddania do dyspozycji zasobów są uprawnione do reprezentacji podmiotu udostępniającego; c) oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu podpisanych przez Krzysztofa Musa we własnym imieniu.
9. art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców oraz zasadę uczciwej konkurencji

W związku z ww. zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej,
3. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek,
4. nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty Krzysztofa Musa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD;
ewentualnie:
5. nakazanie wezwania Krzysztofa Mus do złożenia Wykazu wykonanych robót wraz referencjami oraz dokumentami potwierdzającymi, że złożone oświadczenia zawierające zobowiązanie do udostępnienia potencjału zostały podpisane przez uprawnione osoby;
6. nakazanie wezwania Krzysztofa Mus do złożenia oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu we własnym imieniu,

7. przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, iż wykonawca, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek proponuje usługę za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia,
8. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w uzasadnieniu odwołania wskazano, że Zamawiający dokonując poprawy harmonogramu rzeczowo-finansowego wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, naruszył ww. przepis bowiem obowiązkiem Zamawiającego, wynikającym z art. 87 ust. 2 pkt 3 jest poprawa omyłek innych niż oczywiste pisarskie lub rachunkowe, które spełniają łącznie dwa określone w przepisie warunki: - polegają na niezgodności oferty z SIWZ, - nie powodują istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowym przypadku, w ofercie wyżej wspomnianego wykonawcy nastąpiła niezgodność oferty z SIWZ, polegająca na wprowadzeniu nieprawidłowego okresu realizacji zamówienia. W załączonym do oferty harmonogramie wykonawca przewidział, iż realizacji remontu ul. Świętej Barbary nastąpi w okresie od marca 2013 r. do czerwca 2013 r., co jest niezgodne z postanowieniami części III SIWZ, która stanowi, że remont ma być wykonany do 30 czerwca 2012 r. Rozważyć należy, czy w/w omyłka doprowadzi do istotnych zmian w treści oferty. Poprawieniu bowiem ulegają wyłącznie niezgodności niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Ustawodawca przyjął więc a priori, że usuwanie omyłek doprowadzi do zmiany treści oświadczenia woli. Dozwolony został jednak tylko taki zakres zmian, których marginalność nie naruszy istoty zobowiązania wynikającego z oferty. Posłużenie się przez ustawę pojęciem niedookreślonym przy nakładaniu obowiązku poprawiania omyłek („niepowodujące istotnych zmian”) sprawia, że to do zamawiającego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w danej sytuacji musi poprawić omyłki. Istotność omyłki winna być przez zamawiającego oceniona z uwzględnieniem jej znaczenia dla osiągnięcia celu, jaki przyświecał wszczęciu postępowania. Jeśli oferta, mimo omyłki, spełniałaby oczekiwania zamawiającego, gdyby w tej treści miała być przyjęta -można rozważyć nieistotność omyłki. Jeśli jednak treść oferty wskutek omyłki staje się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami zamawiającego, trudno mówić o nieistotności.

Warto też zwrócić uwagę, że jako nieistotne łatwiej będzie uznawać omyłki, które nie dotyczą podstawowego aspektu oferowanego świadczenia, lecz świadczeń obocznych lub wręcz akcesoryjnych. Tymczasem harmonogram związany jest z istotnym aspektem oferowanego świadczenia - terminu jego wykonania. Przenosząc powyższy wywód na grunt analizowanej sprawy, stwierdzić trzeba, iż oferta wykonawcy wskutek omyłki stała się całkowicie rozbieżna z oczekiwaniami Zamawiającego, który wymagał, by realizacja zamówienia nastąpiła do czerwca 2012 roku, a nie 2013 roku. Nie jest to zatem omyłka nieistotna, a jej poprawienie spowoduje istotną zmianę treści oferty. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w zaistniałej sytuacji nie mógł poprawić harmonogramu rzeczowo-finansowego, a jedynie miał obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, Skoro brak jest podstaw do poprawienia omyłki, to zwrócenie się do tego wykonawcy o wyrażenie zgody oraz sama zgoda nie miały podstaw prawnych i winny zostać uznane za bezskuteczne. Stanowisko Odwołującego znajduje odzwierciedlenie zarówno w poglądach doktryny, jak i orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (por. m.in. Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. W. Dzierżanowskiego, LEX El. 2010; wyroku KIO w sprawach o sygn. akt KIO/UZP 1200/09, KIO/UZP 1026/09, KIO/UZP 459/10 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Tarnowie w sprawie o sygn. akt V GA 40/09). Zgodnie z przytoczonymi orzeczeniami, Zamawiający nie ma możliwości samodzielnego harmonogramu, zgodnie z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, bez uzyskania od wykonawcy dodatkowych informacji. W niniejszym postępowaniu, Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawy harmonogramu bez uzyskania stosownych wyjaśnień od wykonawcy działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek. Zamawiający bez głębszego zbadania terminu realizacji zamówienia przyjął, że roboty zostaną wykonane do czerwca 2012 r. Wykonawca nie dochował staranności w zakresie przygotowania oferty, która jest wymagana od podmiotu działającego w obrocie gospodarczym w sposób profesjonalny. W związku z powyższym niniejszy zarzut jest w pełni uzasadniony.

Konsekwentnie jeżeli oferta wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek nie mogła zostać poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, to

Zamawiający miał obowiązek jej odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak podjęcia takiej czynności czyni zasadnym zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie.

[zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych]

Następnie Odwołujący podniósł, iż oferta wykonawcy działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Za czyn nieuczciwej konkurencji może zostać uznana sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów własnych. Jest to przesłanka inna od przesłanki ceny rażąco niskiej. W przypadku czynu nieuczciwej konkurencji porównaniu ulegają wyłącznie koszty ponoszone przez wykonawcę z ceną jego oferty - cena wyższa lub równa kosztom wytworzenia (zakupu) nigdy nie będzie stanowiła czynu nieuczciwej konkurencji. Z informacji uzyskanych przez Odwołującego od podmiotów trudniących się wykonywaniem robót budowlanych oraz od dostawców materiałów budowlanych, wynika, że nie jest możliwe zaoferowanie wykonania robót, których żąda Zamawiający za cenę podaną przez tego wykonawcę, która to cena będzie co najmniej równa lub wyższa kosztom wytworzenia tej usługi. Dla stwierdzenia tej okoliczności, niezbędne będzie powołanie biegłego, w związku z czym Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność, iż wykonawca, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek proponuje usługę za cenę poniżej kosztów jej wytworzenia.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano, iż ustawa, stanowiąc, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, nie precyzuje jednak pojęcia rażąco niskiej ceny. Definicji brak również w dyrektywach. 2004/18/WE oraz 2004/17/WE. W tej sytuacji, opierając się na wykładni językowej, należałoby przyjąć, że użyty zwrot oznacza ofertę z ceną niewiarygodnie niską, znacząco odbiegającą od cen rynkowych. Taka cena może wskazywać na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. Powyższe rozumowanie potwierdza wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 6 września 2002 r., V Ca 1020/02, ZPO 2002, nr 1, poz. 68. W orzecznictwie Zespołu Arbitrów oraz orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej obowiązuje założenie, iż rozbieżności

między ceną badaną, a wartością szacunkową zamówienia powiększoną o VAT na poziomie od 40 % do 20 %, mogą uzasadniać zakwalifikowanie ceny jako rażąco niskiej (por. np. wyrok Zespołu Arbitrów, sygn. akt: UZP/0-696/07). Wartość szacunkowa zamówienia wynosi 23 541 729,49 zł netto (brutto ok. 30 000 000,00 zł), tymczasem cena oferty wykonawcy, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek, wynosiła 13 812 639,90 zł netto (brutto ok. 17 000 000,00 zł, a więc była około 45 % niższa, niż szacunkowa wartość zamówienia. Jako dowód powyższego przedstawiono zestawienie cen zaproponowanych przez wykonawców w niniejszym postępowaniu.

Ponadto Zamawiający, w myśl art. 90 ustawy Prawo zamówień publicznych, obowiązany był zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny. Składający odwołanie, mając doświadczenie w wykonawstwie tego typu robót i podobnych ocenia, że zadanie A o łącznej powierzchni 1,1613 ha zostało rażąco niedoszacowane, stąd koniecznym działaniem było zwrócenie się do wykonawcy działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo Usługowe Steinbudex Jerzy Majorek z pytaniami dotyczącymi ceny oferty, czego Zamawiający nie uczynił. Cena ta jednocześnie rażąco odbiega od cen innych ofert, dlatego też zamawiający winien ustalić, czy wartość zamówienia została ustalona prawidłowo (pod. zob. Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych pod red. W. Dzierżanowskiego, LEX El. 2010) Tryb z art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest trybem obligatoryjnym bowiem w przepisie tym nie znajdują się żadne sformułowania pozwalające na przyjęcie odmiennej opcji interpretacyjnej, takie jak chociażby: „może”, czy „jest uprawniony do”. Zatem brak zastosowania wspomnianej instytucji pozwala na artykułowanie zarzutu naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. VII. [zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych] Zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia, który zaproponował wykonanie zamówienia zgodnie z treścią SIWZ. Jeśli zamawiający dokonuje wyboru oferty korzystniejszej, nie mając pewności, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie podlega wykluczeniu lub czy jest zgodna z treścią SIWZ, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji (pod. zob. KIO w wyroku z dnia 18.04.2011 r., KIO 733/11).

[Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 w zw. z art. 2 pkt 11 i art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i art. 431, 434 Kodeksu cywilnego]

Odnosnie oferty Krzysztofa Mus wskazano, iż złożył on ofertę w imieniu Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD, działając jako jego Prezes (vide: pieczętka imienna z podpisem). Odwołujący twierdzi, że oferta ta jest nieważna, gdyż nie istnieje podmiot pod nazwą: Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 11 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawcą może być jedynie osoba fizyczna, osoba prawna albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej. Definicja ta koresponduje w pełni z ogólnymi zasadami przyznawania osobowości i podmiotowości prawnej, zawartymi w kodeksie cywilnym, które stanowią, że osobami są osoby fizyczne, osoby prawne oraz jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Oferta złożona przez podmiot nieistniejący jest nieważna (por. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 1 czerwca 2007 r., sygn. akt: VI SA/Wa 538/07; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 września 2006 r., sygn. akt: VI SA/Wa 889/06). Nie może bowiem ulegać wątpliwości, że podmiot nieistniejący nie może dokonać skutecznie żadnej czynności prawnej, w tym również złożenia oferty. Zgodnie z art. 43² § 1 Kodeksu cywilnego, przedsiębiorca działa pod firmą. Odwołujący zarzuca, że „Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD” nie jest również firmą Krzysztofa Mus. Zgodnie bowiem z art. 43⁴ Kodeksu cywilnego, firmą osoby fizycznej jest jej imię i nazwisko oraz inne określenia dowolnie obrane. Nie można zatem uznać, że Krzysztof Mus omyłkowo wpisał nazwę firmy zamiast swojego imienia i nazwiska. Odwołujący zarzuca, że nazwa wykonawcy wskazana w ofercie przez Krzysztofa Mus wywołuje stan niepewności, kto jest Wykonawcą. Istnieje bowiem spółka o identycznej nazwie, jak nazwa wykonawcy wskazana w ofercie. Jest to Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie ul. Półnanki 29G, której jedynym wspólnikiem jest Krzysztof Mus. 2. Dowód: wydruk z systemu IPG Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Co więcej, na stronie internetowej Krzysztofa Mus -Przedsiębiorstwa Budowlanego MK-BUD, jako adres działalności wskazany jest ten sam adres, co ww. spółki tj. ul. Półnanki 29G w Krakowie. 3. Dowód: - wydruk ze strony internetowej www.mkbud.com. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę, że oferta oraz wszystkie dokumenty do niej załączone są podpisane lub parafowane

pod imienną pieczęcią Krzysztofa Musa o treści: P.B. MK-BUD Prezes Krzysztof Mus. Użycie słowa: prezes w pieczęcie imiennej wyraźnie wskazuje, że osoba ta działa jako członek zarządu spółki prawa handlowego. Nazwa prezes jest zarezerwowana dla członka organu zarządzającego w spółkach kapitałowych. Używanie jej w odniesieniu do przedsiębiorcy prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą nie jest ani uprawnione, ani stosowane w praktyce. Odwołujący podnosi, że również oświadczenia potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia zostały złożone w imieniu Przedsiębiorstw Budowlanego MK-BUD, zatem nie mogą zostać uznane za skutecznie złożone. Nie ulega wątpliwości, że wszelkie oświadczenia winny być składane przez Krzysztofa Musa w jego własnym imieniu, jeżeli miałby występować w postępowaniu jako przedsiębiorca prowadzący jednoosobową działalność gospodarczą. Wszystkie wyżej wskazane okoliczności wskazują, że oferta została złożona przez podmiot nieistniejący. Nie istnieje podmiot prawa: Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD. Jest to jedynie część firmy przedsiębiorcy, z pominięciem kluczowego fragmentu jakim jest imię i nazwisko przedsiębiorcy. Wada oferty nie podlega poprawieniu w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie stanowi ani omyłki pisarskiej, ani innej polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Oferta ta jest bezwzględnie nieważna i podlegać winna odrzuceniu. Jest również niezgodna z ustawą Prawo zamówień publicznych w zakresie podmiotu, który może być wykonawcą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Procedura udzielenia zamówień publicznych jest sformalizowana i niedopuszczalne jest dokonywanie przez Zamawiającego, na podstawie innych dokumentów załączonych do oferty, ustalenia kto jest Wykonawcą składającym ofertę. Informacja ta musi w sposób nie budzący wątpliwości wynikać z treści samego dokumentu oferty. Oferta stanowi bowiem zobowiązanie Wykonawcy i nie może być wątpliwości, na jakim podmiocie to zobowiązanie ciąży i z kim Zamawiający winien zawrzeć umowę. Dokonywanie jakiegokolwiek wykładni informacji zawartych w samym dokumencie oferty jest, zdaniem Odwołującego, niedopuszczalne.

[Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych]

Na wypadek nieuwzględnienia przez Krajową Izbę Odwoławczą zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty Krzysztofa Musa, Odwołujący podniósł, iż Wykaz

wykonanych robót załączony przez Krzysztofa Musę nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia:

Zamawiający wymagał wykazania wykonania robót polegających na budowie lub przebudowie rynku, placu miejskiego lub drogi w zakresie m.in. budowy lub przebudowy sieci wod.-kan. Krzysztof Mus, na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie wskazał wykonanie „Rewitalizacji ciągów komunikacyjnych, skwerów, placów w centrum miasta Wieliczka” w okresie maj 2010 -wrzesień 2011 na kwotę 5.939.520,83 zł. Na potwierdzenie należytego wykonania robót załączył referencje Gminnego Zarządu Dróg w Wieliczce z dnia 17 października 2011 r. Referencje te potwierdzają należyte wykonanie robót w zakresie terminu wykonania i wartości robót, jednakże obejmują jedynie budowę kanalizacji sanitarnej i deszczowej, nie zaś sieci wodociągowej. Odwołujący zarzuca zatem, że załączone referencje nie potwierdzają należytego wykonania robót w zakresie wodociągów i wywołują wątpliwość czy roboty w tym zakresie w ogóle zostały przez Wykonawcę wykonane. Dodatkowo Wykonawca załączył również protokoły nr 16/01 i 16/02 sporządzone 31.10.2011 r. Odwołujący podnosi, że nie wiadomo, do jakiego zadania i zakresu wymaganych robót protokoły te mają się odnosić. Z całą pewnością nie mogą jednakże potwierdzać należytego wykonania robót w zakresie sieci wodociągowej, skoro data ich sporządzenia jest późniejsza niż wskazana przez Wykonawcę i potwierdzona w referencjach data zakończenia robót przy zadaniu: „Rewitalizacji ciągów komunikacyjnych, skwerów, placów w centrum miasta Wieliczka”, które to zadanie zostało zakończone we wrześniu 2011 r. Dodatkowo Odwołujący podnosi, że posiada informacje, że przedmiotowe zadanie nie zostało wykonane w terminie, zatem zadanie to nie może zostać uznane za prawidłowo zakończone, co jest wymogiem niezbędnym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Odwołujący zapowiedział, iż stosowne dokumenty zostaną przedstawione na rozprawie przed KIO.

Ponadto zamawiający wymagał wykazania wykonania robót polegających na budowie lub przebudowie rynku, placu miejskiego lub drogi w zakresie m.in. budowy lub przebudowy sieci cieplnej. Krzysztof Mus, na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie wskazał wykonanie przebudowy sieci ciepłowniczej od komory T8 do T13A przy ul. Młodzieżowej w Radomiu. Z referencji wystawionych na potwierdzenie należytego wykonania tego zadania nie wynika, że

przebudowa sieci ciepłowniczej dokonana była w związku z budową rynku, placu miejskiego lub drogi, a wręcz przeciwnie - było to samodzielne zadanie nie związane z żadną inną budową. Odwołujący zarzuca zatem, że zadanie to nie spełnia wymogów Zamawiającego w zakresie wymaganego doświadczenia.

Następnie odwołujący wskazał, iż wykazując niezbędne doświadczenie, Wykonawca opierał się na potencjale podmiotów trzecich, załączając pisemne oświadczenie o oddaniu do dyspozycji Wykonawcy zasobów w zakresie określonego doświadczenia. Odwołujący podnosi, że oświadczenie to, dla swej skuteczności, musi być podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji podmiotu udostępniającego. To na Wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że osoby podpisujące zobowiązania do udostępnienia zasobów są upoważnione do działania w imieniu podmiotu udostępniającego np. poprzez złożenie odpisu z KRS. Nie spełnia wymogu zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, dokument podpisany przez osobę, której umocowania do działania w imieniu podmiotu trzeciego wykonawca nie wykazał (tak np. wyrok KIO z 25.10.2011 r. sygn, akt: 2213/11). W związku z czym Odwołujący zarzucił, że Wykonawca nie załączył dokumentów potwierdzających, że oświadczenie o udostępnieniu zasobów przez R.D.M. Śródmieście sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Specjalistyczne Energoterm sp. z o.o. i BasenComplex (brak określenia formy prawnej) zostały podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji.

Ponadto Odwołujący podniósł, że w referencjach dla RDM Śródmieście sp. z o.o. i dla BasenComplex nie zostało wskazane, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, zaś w referencjach Gminnego Zarządu Dróg w Wieliczce brak wskazania, że zadanie zostało prawidłowo zakończone, co jest niezbędnym wymogiem dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Biorąc pod uwagę powyższe, Odwołujący zarzucił, że Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania Wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia Wykazu wykonanych robót potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w wykonaniu robót polegających na budowie lub przebudowie rynku, placu miejskiego lub drogi w zakresie m.in. budowy lub przebudowy sieci wod.-kan. oraz sieci ciepłowniczej, a ponadto do wykazania, że osoby podpisane na oświadczeniach o oddaniu potencjału do dyspozycji są upoważnione do działania w imieniu osób udostępniających oraz do

przedstawienia referencji potwierdzających, że roboty w zakresie budowy elementów małej architektury i budowie lub przebudowie nawierzchni rynku lub placu miejskiego o pow. co najmniej 0,4 ha zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, zaś roboty w zakresie sieci wod.-kan. zostały prawidłowo zakończone.

Załączone do oferty oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu są wadliwe, gdyż nie zostały złożone przez Krzysztofa Musa działającego we własnym imieniu, lecz działającego w imieniu Przedsiębiorstwa Budowlanego MK-BUD. Tym samym Zamawiający bezpodstawnie zaniechał wezwania Krzysztofa Musa w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia we własnym imieniu oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.

[zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych]

W konsekwencji powyższego, według Odwołującego, Zamawiający naruszył również art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a także braku odrzucenia oferty wykonawcy, który nie spełniał wymogów postawionych przez Zamawiającego. Prawo nie pozwala żadnego z oferentów traktować w sposób uprzywilejowany, a Zamawiający musi stawiać jednakowe wymagania wszystkim oferentom bez jakichkolwiek preferencji.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska, oświadczenia i dowody złożone w pismach procesowych i na rozprawie przez strony, Izba ustaliła, co następuje.

W pkt III specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) wskazano, iż termin wykonania Zadania B to 30 czerwca 2013 r., z zastrzeżeniem, że m.in. remont ul. Św. Barbary ma być wykonany do 30 czerwca 2012 r.

Zgodnie z pkt VI.3 siwz do oferty wykonawcy winni załączyć planowany harmonogram rzeczowo-finansowy na okres realizacji zdania sporządzony w miesiącach.

W ofercie Steinbudex w „Harmonogramie rzeczowo-finansowym” wykonanie i rozliczenie prac na ul. Św. Barbary przewidziano na miesiące marzec, kwiecień, maj i czerwiec 2013 oraz podano wartość prac na kontrakcie w tych miesiącach po zsumowaniu wartości robót na ul. Św. Barbary z innymi przewidzianymi do wykonania w tym czasie robotami (w wierszu „razem”).

Zamawiający pismem z dnia 7 grudnia 2011 r. poinformował Steinbudex, iż poprawia ww. niezgodność harmonogramu z siwz, tj. w harmonogramie poprawia termin realizacji remontu na ul. Św. Barbary na okres od marca 2012 r. do czerwca 2012 r oraz wskazał, iż odpowiedniej zmianie ulegają wartości „razem” w poszczególnych miesiącach harmonogramu.

Cena ofertowa Steinbudex wynosiła 16 989 547,08 zł. Ceny pozostałych ofert złożonych w postępowaniu: 23 173 571,55 zł, 23 353 605 zł, 23 824 451,79 zł, 26 014 500 zł.

Szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego i podana w pkt 2 protokołu nr 65/20011 (Druk ZP-PN) to 23 541 729,49 zł (netto), w tym wartość przewidywanych zamówień uzupełniających – 2 140 157, 23 zł. (netto).

Izba uwzględniła i oceniła przedłożony przez odwołującego w charakterze dowodu na okoliczność charakteru ceny zaoferowanej przez Steinbudex, faks tego wykonawcy z dnia 09.01.2011 r. skierowany do Wydziału Inwestycji Urzędu Miejskiego w Jaworznie, w którym wykonawca wyraził obawę, co do rzetelności kosztorysowania w określonych branżach przeprowadzonego w jego ofercie, podnosząc, iż w związku z że wartości tam wskazane są rzeczywiście bardzo niskie, mogą okazać się niedoszacowane, a odwołanie znajdzie potwierdzenie.

W formularzu ofertowym MK-BUD jako składającego ofertę wskazano „Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD”. Ofertę podpisał p. Krzysztof Mus, posługując się przy tym pieczęcią „P.B. MK-BUD Prezes”. Na stronie tytułowej oferty, w pkt 1 wskazano, iż Przedsiębiorstwo Budowlane MK-BUD jest firmą prywatną, której właścicielem jest Krzysztof Mus i działa w oparciu o wpis do ewidencji działalności gosp. Z dnia 10.08.1998 r. pod nr 1098 wydanej przez Urząd Miejski w Nowym Wiśliczu. Dalej wskazano m.in. adres, NIP i REGON podmiotu.

Na karcie 28 oferty MK-BUD załączono kopię zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej pod nr 1069 dla wyżej wymienionego.

Zgodnie z pkt IV ust. 1 pkt 2 lit c) siwz (w brzmieniu nadanym modyfikacją z dnia 27 października 2011 r.) w ramach warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymagał od wykonawców legitymowania się wykonaniem zadania polegającego na budowie lub przebudowie rynku, placu miejskiego lub drogi, gdzie wykonane zostały przekładki, przebudowy lub budowy sieci infrastruktury technicznej (elektrycznej, wod-kan, ciepłej, teletechnicznej). Zamawiający zaznaczył przy tym, iż dopuszczala by poszczególne sieci infrastruktury technicznej były zrealizowane w ramach kilku zadań.

Zgodnie z pkt V ust. 5 siwz w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żądał przedłożenia, wykazu wykonywanych robót oraz dokumentów potwierdzających, iż roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Jako potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wykonanych sieci wod-kan MK-BUD w wykazie wykonanych robót przedstawionym na karcie 7 oferty wskazało zadanie „Rewitalizacja ciągów komunikacyjnych, skwerów, placów w centrum miasta Wieliczka”, jako wykonane do września 2011 r.

Na karcie 12 oferty załączono referencje wystawione przez Gminny Zarząd Dróg w Wieliczce, w których wskazano, iż MK-BUD wykonywało prace przy realizacji zadania „Rewitalizacja ciągów komunikacyjnych, skwerów, placów w centrum miasta Wieliczka – strefa inwestycyjna I – etap I”, w tym remont polegający na przebudowie ulic – Daniłowicza, Górską, Kilińskiego, Zamkowa, Sikorskiego, Plan Kościuszki.

Wskazano, iż realizując tę inwestycję wykonawca wykonał m.in. roboty rozbiórkowe nawierzchni, kanalizację sanitarną i deszczową, nawierzchnię z kostki kamiennej, chodniki z kostki betonowej w terminach od maja 2010 do września 2011, a powyższe roboty zostały wykonane solidnie, fachowo, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Na karcie 13 oferty przedstawiono protokół odbioru robót nr 16/02 dla budowy: remont polegający na przebudowie ulic – Daniłowicza, Górską, Kilińskiego, Zamkowa, Sikorskiego, Plan Kościuszki, Bednarka w Wieliczce, dotyczący robót

polegających na przebudowie ul. Sikorskiego, Bednarka, Plan Kościuszki – wg umowy 7023/1/6/Ucz.I/2010. Według pkt 4 i 5 protokołu roboty te obejmowały „branżę woda” (wiersz 6 tabeli w pkt 5 protokołu), a zgodnie z pkt 3 roboty, których protokół dotyczył, zostały wykonane zgodnie z umową.

Na karcie 14 oferty przedstawiono protokół odbioru robót nr 16/01 dla budowy: remont polegający na przebudowie ulic – Daniłowicza, Górską, Kilińskiego, Zamkowa, Sikorskiego, Plan Kościuszki, Bednarka w Wieliczce, dotyczący robót polegających na przebudowie ul. Zamkowej, Daniłowicza, Kilińskiego, Górską – wg umowy 7023/1/6/Ucz.I/2010. Według pkt 4 i 5 protokołu roboty te obejmowały „branży inst. wodnej” (wiersz 6 tabeli w pkt 5 protokołu), a zgodnie z pkt 3 roboty, których protokół dotyczył, zostały wykonane zgodnie z umową.

Odnosnie powyższego Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodu przedłożone przez odwołującego na rozprawie: Umowę nr WGK-7023/1/6/Ucz.I/2010 zawartą pomiędzy Miastem i Gminą Wieliczka, a Krzysztofem Mus na wykonanie zadania: „Rewitalizacja ciągów komunikacyjnych, skwerów, placów w centrum miasta Wieliczka – strefa inwestycyjna I – etap I, w tym: remont polegający na przebudowie ulic – Daniłowicza, Górską, Kilińskiego, Zamkowa, Sikorskiego, Plan Kościuszki, Bednarka, Rewitalizacja Placów Kościuszki i Skulimowskiego (Zadanie współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego...”, gdzie w § 10 przewidziano procedurę odbioru końcowego robót; Protokół odbioru końcowego robót dla ww. zadania z dnia 04.01.2012 r., gdzie wskazano, iż roboty zostały zakończone w dniu 20.12.2011 r. i w tym dniu zgłoszone przez wykonawcę do odbioru oraz potwierdzono, iż zostały wykonane zgodnie z umową i zasadami sztuki budowlanej.

Izba uwzględniła i oceniła w charakterze dowodu również przedłożone przez zmawiającego na rozprawie pismo MK-BUD z dnia 09.01.2012 r., gdzie wykonawca przedstawił swoje stanowisko w sprawie dat wykonania i zakończenia robót wodno-kanalizacyjnych w ramach ww. zadania.

Jako potwierdzenie spełniania warunku w zakresie wykonanych sieci ciepłowniczej, MK-BUD w wykazie wykonanych robót przedstawionym na karcie 7 oferty wskazało zadanie „Przebudowa sieci ciepłowniczej od komory T8 do T13A przy ul. Młodzieżowej w Radomiu”

Na karcie 17 oferty MK-BUD przedstawiono referencje wystawione przez Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A. w Radomiu, w której potwierdzono prawidłową realizację ww. zadania, wskazując przy tym, iż zakres robót obejmował m.in. (pkt 7) odtworzenie terenu do stanu pierwotnego: drogi, chodniki i tereny zielone.

W wystawionych przez Larix Sp. z o.o. w Lublińcu referencjach dla BasenComplex Łukasz Adamski Sp. K w Opolu zamieszczonych na stronie 25 i 26 oferty MK-BUD, potwierdzono wykonanie fontanny multimedialnej oraz wskazano, iż powierzone prace zrealizowano należycie, terminowo.

W wystawionych przez Krakowski Zarząd Dróg w Krakowie referencjach dla R.D.M. Śródmieście Sp. z o.o. w Krakowie zamieszczonych na karcie 8 oferty MK-BUD, potwierdzono realizację przebudowy Małego Rynku w Krakowie pod nadzorem Konserwatora Zabytków oraz fakt, iż roboty zostały wykonane zgodnie z obowiązującymi normami, pod względem jakościowym bez zastrzeżeń oraz oddane w terminie umownym.

Oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (karty 4-6 oferty) podpisał pan Krzysztof Mus.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Bez znaczenia dla powyższego pozostaje hipotetyczna okoliczność, iż zamawiający nawet w przypadku uwzględnienia odwołania nie udzieli zamówienia odwołującemu, gdyż w przyszłości może w tej sytuacji unieważnić postępowanie ze względu na brak środków (nie zechce podnieść kwoty, którą przewidział na sfinansowanie zamówienia).

Podając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy materialną podstawę prawną rozstrzygnięcia i przytaczając treść przepisów, na których zarzuty odwołania zostały oparte, należy wskazać, iż zgodnie z art. 87 ust. 1 w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest natomiast prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Według dyspozycji art. 87 ust. 2 Pzp zamawiający poprawia w ofercie:

- 1) oczywiste omyłki pisarskie,
- 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek,
- 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty
- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, m.in. jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

Następnie, tytułem wprowadzenia dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania, Izba wskazuje na regulacje dotyczące formalnych podstaw wyrokowania w danej sprawie. Mianowicie zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy, wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Według art. 190 ust. 1 Pzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tak samo zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu wyrażoną w art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na wywodzącym zeń skutki prawne. Ponadto powyższe skorelowane jest z ekonomiką postępowania przed Izbą wynikającą z

dyspozycji art. 189 ust. 1 Pzp określającego piętnastodniowy termin na rozpoznanie odwołania.

Odnosząc się do zarzutu pierwszego z zarzutów odwołania, tj. nieprawidłowego poprawienia oferty wybranej oraz zaniechania jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba potwierdza jego zasadność.

Zastosowanie dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak też orzecznictwie sądów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z siwz ma mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obligatoryjnego poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w siwz oraz zobowiązania oferowanego w ofercie tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania siwz dotyczące sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a więc wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie pomieszczone w siwz); a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie na czym konkretnie niezgodność ta polega – co konkretnie w ofercie nie jest zgodne i w jaki sposób z konkretnie wskazanymi i skwantyfikowanymi fragmentami czy normami siwz.

Sama okoliczność niezgodności oferty z siwz w opisanym wyżej rozumieniu nie jest pomiędzy stronami sporna – wskazanie innych terminów wykonania określonego zakresu robót w harmonogramie załączonym do oferty stanowi taką niezgodność.

Sporna pomiędzy stronami była natomiast kwestia czy ww. niezgodność można wyeliminować na podstawie obligatoryjnej dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co zastrzeżono również w art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dyspozycja art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi wyjątek od reguły zakazu dokonywania jakichkolwiek zmian w treści oferty sformułowanej w art. 87 ust. 1 zd. 2 ustawy i do jej zastosowania wymagane jest łączne zaistnienie wszystkich przesłanek w niej zawartych. Omawiając te przesłanki i sposób zastosowania ww. przepisu, Izba wskazuje, iż w pierwszej kolejności warunkiem dokonania stosownego poprawienia treści oferty jest wystąpienie omyłki w ofercie objawiającej się niezgodnością treści oferty z siwz. Dla przyjęcia jej wystąpienia bynajmniej nie ma potrzeby odwoływania się do stopnia „nieświadomości” wykonawcy, co do

niezgodności treści jego oferty z siwz, czy istnienia pewności zamawiającego, co do rzeczywistych intencji wykonawcy w trakcie przygotowywania oferty lub genezy i przyczyn powstania danej niezgodności oferty z siwz. Należy przyjąć tu możliwie szerokie rozumienie terminu omyłka użytego w ww. przepisie. Omyłką będą więc zarówno błędy w przygotowaniu oferty i odpowiednim, prawidłowym wyrażeniu jej treści popełnione przez wykonawcę, jak też pominięcia (np. wynikające z zapomnienia, błędnego rozumienia wymagań siwz... etc.) w wypełnieniu czy przedłożeniu wszystkich elementów oferty. Tym samym właściwie wszystkie nieprawidłowości oferty względem siwz (w tym również jej wewnętrzne sprzeczności), która z założenia ma być zgodna z treścią siwz i jednoznaczna, są omyłkami wykonawcy i jako takie winny być traktowane. Omyłką będzie więc każda niezgodność między ofertą a siwz, chyba, że sam wykonawca będzie utrzymywał co innego, tzn. będzie obstawał, iż treść, zakres czy sposób przygotowania oferty są prawidłowe i w taki sposób powinny być traktowane (np. nie zgodzi się na poprawienie treści jego oferty) lub udowodnione mu zostanie świadomie i celowe sporządzenie oferty w sposób niezgodny z wymaganiami zamawiającego (co w praktyce obrotu jest nieomal niewykonalne).

Następną przesłanką warunkującą możliwość poprawienia oferty odwołującego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy jest istotność zmian w treści oferty, którą poprawka taka pociąga, tzn. ww. przepis zakazuje dokonywania zmian istotnych. Pojęcie istotności zmiany w treści oferty jest pojęciem nieostrym. Niezależnie od jasności słownikowych definicji samego pojęcia „istotności” oraz definiowanej a contrario „nieistotności” oraz możliwości pewnego wskazania przykładowych desygnatów pod owe pojęcia podpadających, w praktyce stosowania prawa zawsze występowały będą pograniczne przypadki, których kwalifikacja pozostawała będzie sporna i niepewna. Ze wskazaną nieostrością pojęcia wiąże się więc niemożliwość wytyczenia abstrakcyjnej i generalnej dla wszystkich sytuacji delimitacji zastosowań i kwalifikacji zmian w ofertach jako istotne lub nieistotne. Decyzja w przedmiocie rozgraniczenia i tym samym możliwości zastosowania art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy winna być podejmowana każdorazowo z uwzględnieniem całokształtu indywidualnych okoliczności sprawy, zarówno z uwzględnieniem następstw i konsekwencji zmian dla treści oferty, jak i z uwzględnieniem samego rodzaju i charakteru poprawianych niezgodności oraz sposobu ich przeprowadzenia. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych przyjmuje się np.

możliwość poprawiania treści oferty odnoszących się bezpośrednio do ich essentialiae negotii (np. w celu uniknięcia tzw. „kazu lamp na obwodnicy Wrocławia”, czyli odrzucania ofert z powodu drobnych błędów w ich treści). Dopuszcza się więc możliwość poprawienia samej ceny ofertowej czy określenia przedmiotu świadczenia, jednakże pod warunkiem ograniczenia zakresowego, ilościowego czy jakościowego tego typu zmian. Powyższe oczywiście nie dotyczy zmian formalnego sposobu prezentacji czy przedstawienia essentialiae negotii oferty bez dokonywania zmian ich ustalonego, rzeczywistego znaczenia i treści, dotyczy natomiast zakazu istotnego zmieniania samego zobowiązania wyrażonego w ofercie. Zmiana zobowiązania ofertowego musi więc być zakresowo ograniczona.

Ostatnią, wprost niewyrażoną, ale wyprowadzaną z treści pkt 3 ust. 2 art. 87 Pzp przesłanką poprawienia oferty jest wiedza zamawiającego, na którym obowiązek poprawiania ofert na mocy ww. przepisu spoczywa, w przedmiocie sposobu w jaki daną ofertę poprawić. Przyjąć należy, iż wiedza tego typu winna wynikać z treści samej oferty (np. porównania sprzeczności w ofercie zawartych, oceny charakteru niezgodności, ustalenia i wykorzystania części prawidłowych danych w ofercie zawartych), ewentualnie, jednakże w ograniczonym zakresie, może pochodzić z wyjaśnień, które zamawiający może uzyskać od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy. Egzekwowanie i stosowanie tego wymogu jest niezwykle istotne w związku z ogólnym zakazem negocjowania i zmieniania złożonych ofert wyrażonym w art. 87 ust. 1 zd. 2. Pzp W świetle powyższego wskazać należy, iż poprawienie oferty nie może *de facto* stanowić wytworzenia zupełnie odmiennego, nowego oświadczenia woli wykonawcy, np. w przedmiocie oferowanego świadczenia, czy dowolnego wypełnienia go dodatkową treścią, co do której zamawiający nie posiada żadnych danych i informacji. W szczególności przy zmianie oferowanego świadczenia zamawiający nie może polegać tylko na oświadczeniu wykonawcy w jaki sposób jego ofertę należy poprawić, a bez dodatkowych, niejako obiektywnych, przesłanek w tym zakresie.

Odnosząc powyższe uwagi do oferty Steinbudex i dokonanego przez zamawiającego jej poprawienia stwierdzić należy, iż w tym przypadku nie została wypełniona przesłanka nieistotności zmian w treści oferty, do których jej poprawienie ma doprowadzić. Zmiana i przesunięcie terminów wykonania remontu ul. Św. Barbary o rok byłoby daleko idącą zmianą istotnych elementów zobowiązania – zarówno samego przebiegu, organizacji, jak i oddania i rozliczenia części robót. Natomiast ok.

4% wartość ww. zakresu robót w skali całego przedsięwzięcia wcale nie jest wartością bagatelną. Jednakże, to znaczna różnica w terminie proponowanym przez wykonawcę i wymaganym zamawiającego przesądza o kwalifikacji zmiany w ofercie jako istotnej. Ponadto bez znaczenia pozostają deklaracje o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z siwz czy wzorem umowy stanowiącym jej część, składane przez wykonawcę w formularzu ofertowym. Są to standardowe i właściwie zbędne deklaracje wymagane zwyczajowo w przetargach publicznych w Polsce, którym nadanie znaczenia postulowanego przez zamawiającego eliminowałoby właściwie instytucję niezgodności treści oferty z siwz. Tymczasem zgodność oferty z siwz ocenia się na podstawie wszystkich informacji i dokumentów wymaganych przez zamawiającego i składających się na ofertę, a nie na podstawie deklaracji w niej składanych.

Ponadto należy w tym przypadku stwierdzić, iż zamawiający właściwie nie dokonał poprawienia treści oferty, tzn. nie określił dokładnie jak ta treść po dokonanej poprawce miałaby brzmieć. Izba bynajmniej nie wskazuje, iż poprawienia treści oferty można dokonać jedynie przez sporządzenie jej nowego „tekstu jednolitego”, tzn. wersji poprawionej. Powyższe może zostać dokonane np. w sposób zastosowany przez zamawiającego, tj. deskrypcyjnie, w piśmie zawiadamiającym o poprawce. Jednakże opis stanowiący taką poprawkę winien dokładnie wskazywać jak wyglądała będzie zmieniona treść oferty. Nie może natomiast polegać na nieprecyzyjnych odesłaniach, iż pozostałe części czy elementy oferty ulegną zmianie „odpowiednio” (tu wartości „razem” w poszczególnych miesiącach).

W związku z powyższym należało uznać za zasadną podnoszoną w treści odwołania bezprawność wyboru oferty niezgodnej z siwz, co do której nie ma możliwości zastosowania dyspozycji art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w związku z czym nakazano odrzucenie oferty Steinbudex.

Odnosnie zarzutu popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji i zaoferowania ceny rażąco niskiej Izba wskazuje, iż w tym przypadku należy zarzuty te rozpatrzyć łącznie.

Zgodnie z art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z 2003 r. Nr 153 poz. 1503 ze zm.) czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, w szczególności przez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub

świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców.

Ciężar dowodu okoliczności świadczących o sprzedaży poniżej kosztów, tj. wystąpienia tego typu czynu nieuczciwej konkurencji, obciąża w tym przypadku tylko odwołującego. Odwołujący żadnych dowodów, poza oddalonym na rozprawie wnioskiem o powołanie biegłego, na tę okoliczność nie przedstawił. Tymczasem wykazanie bezpośrednio na rozprawie zamawianego zakresu materiałów i robót, nawet opisanych programem funkcjonalno-użytkowym, a także wykazanie cen materiałów budowlanych i czynności obecnych na rynku, było jak najbardziej możliwe. Tym samym należało uznać, iż odwołujący podniesionego zarzutu w tym zakresie nie udowodnił.

Oprócz powoływanego wyżej art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp regulację dotyczącą ceny rażąco niskiej wprowadza jeszcze przepis art. 90, którego kolejne jednostki redakcyjne stanowią:

1. Zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.
2. Zamawiający, oceniając wyjaśnienia, bierze pod uwagę obiektywne czynniki, w szczególności oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy oraz wpływ pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.
3. Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie złożył wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Materialną podstawą odrzucenia oferty w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp jest więc realne wystąpienie zaoferowania ceny rażąco niskiej, a powyższe ponadto zostaje potwierdzone przez obligatoryjne wyjaśnienia wykonawcy w tym przedmiocie, ewentualnie wyjaśnienia takie mają w ogóle nie zostać złożone (art. 90 ust. 3). Procedura badania i ustalania ceny rażąco niskiej przebiega więc w ten sposób, iż nawet przy podejrzeniu granicznym z pewnością czy zgromadzeniu stosownych dowodów, iż zaoferowano cenę o takim charakterze, zamawiający musi na podstawie przepisu art. 90 ust. 1 ustawy dać

wykonawcy szansę wykazania okoliczności przeciwnych, m.in. przez wykazanie okoliczności przykładowo wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp.

Tym samym z ustalenia i potwierdzenia (udowodnienia) – w znaczeniu ustalenia prawdy materialnej – wystąpienia ceny rażąco niskiej, jako podstawy odrzucenia oferty, zwalnia jedynie niezłożenie przez wykonawcę wyjaśnień, o których mowa w art. 90 Pzp lub okoliczność, iż z samych wyjaśnień wynika, iż cena taka wystąpiła. Tudzież uznać można, iż zamawiający odrzucający ofertę lub odwołujący podnoszący wystąpienie ceny rażąco niskiej w ofercie konkurenta, będą zwolnieni z pełnego udowodnienia, iż dana cena jest rażąco niska w przypadku gdy wystąpi domniemanie faktyczne wystąpienia ceny tego typu, a zainteresowany wykonawca za pomocą swoich wyjaśnień obalić takiego domniemanie nie zdoła.

Przed dokładniejszym omówieniem rozkładu ciężaru dowodu przy ustaleniu i wykazaniu ceny rażąco niskiej konieczne jest jednak zdefiniowanie samego pojęcia ceny tego typu. Przede wszystkim wskazać tu należy na brzmienie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp odnoszącego cenę do wartości przedmiotu zamówienia – ma to być „cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia”. Tym samym, to realna, rynkowa wartość danego zamówienia jest punktem odniesienia dla oceny i ustalenia ceny tego typu. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia będzie ceną odbiegającą od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie będzie uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać. Reasumując, cena rażąco niska jest więc ceną nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie jest ceną rynkową, tzn. generalnie nie występuje na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno-organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających... *etc.*

Odnosząc się natomiast do wspomnianego wyżej rozkładu ciężaru dowodu w przedmiocie wykazania, iż tak zdefiniowana cena rażąco niska wystąpiła, tj. sposobu ustalenia i wykazania faktu jej wystąpienia, wskazać należy, iż w tym zakresie ogólne zasady rozkładu ciężaru dowodu wynikające z wyżej wskazanych przepisów ustawy i Kodeksu cywilnego nie doznają wyłączenia. Danych okoliczności dowodzić więc powinna strona, która je podnosi i na nie się powołuje, a także strona, która wystąpienie danych faktów podnosi, a nie im przeczy (*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*). Generalnie więc fakt wystąpienia ceny rażąco niskiej

dla możliwości zastosowania dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp wykazać winien zamawiający, jeżeli zechce odrzucić ofertę na podstawie tego przepisu lub odwołujący, który zastosowanie tej przesłanki odrzucenia oferty w odwołaniu postuluje. Wyżej wymienieni w takich sytuacjach mogą i powinni ustalić realną wartość rynkową danego przedmiotu zamówienia, a zasadność takiego ustalenia cen/wartości zamówienia na takim poziomie winni móc udowodnić. Samo wskazanie na oszacowania wartości zamówienia z należytą starannością dowodem takim nie jest. Należyta staranność jest pojęciem zasadniczo odrębnym od dobrej wiary i jej istnienia wcale nie należy domniemywać.

Ciężar ostatecznego dowodu w przedmiocie charakteru ceny w świetle powołanych regulacji art. 90 ustawy może ulec jednak odwróceniu, a przynajmniej bardziej skomplikowanemu rozłożeniu, tj. przejść na wykonawcę, którego ewentualny zrzut ceny rażąco niskiej dotyczy. Dojść do tego może w przypadku powstania faktycznego domniemania wystąpienia w danych okolicznościach ceny rażąco niskiej (jakichkolwiek domniemań prawnych w tym zakresie w ustawie nie przewidziano). Nawet więc bez ostatecznego udowodnienia poziomu cen rynkowych i wykazania w ten sposób realnych cen ofertowych, będzie możliwe przyjęcie wystąpienia ceny rażąco niskiej w przypadku wystąpienia szeregu okoliczności pośrednio na nią wskazujących (podstaw domniemania), gdy jednocześnie wykonawca nie wykaże okoliczności przeciwnych. Przy czym również fakty stanowiące podstawę samego domniemania powinny wystąpić/zostać udowodnione, a przede wszystkim winny wystąpić w odpowiednim nagromadzeniu i wadze, aby wystąpienie domniemania uzasadnić. W szczególności podstawą takiego domniemania nie jest samo wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp niewsparte dodatkowymi okolicznościami, np. takimi jak porównanie cen ofertowych złożonych w postępowaniu, otrzymaniem niewiarygodnych wyjaśnień w tym zakresie, różnicami pomiędzy ceną oferowaną, a występującymi na rynku cenami za wykonanie zamówień takich samych czy podobnych... *etc.* Odnośnie oceny wyjaśnień wskazanej w art. 90 ust. 3 Pzp zaznaczyć należy, iż jak wynika z literalnego brzmienia przepisu, dla odrzucenia oferty wymagane jest, aby z informacji zawartych w wyjaśnieniach wynikało potwierdzenie zaoferowania ceny rażąco niskiej, przepis nie referuje natomiast do braku wykazania przez wykonawcę, iż cena rażąco niska nie jest. Wyjaśnienia ogólnikowe lub lakoniczne nie będą więc wcale bezpośrednim dowodem potwierdzającym, iż zaoferowana cena jest ceną rażąco niska, jednakże mogą stać się jedną z podstaw domniemania w tym przedmiocie, uprawniającego do odrzucenia oferty z tej przyczyny.

Ponadto, jak już wskazano idealnym i zupełnym wykazaniem powstania ceny rażąco niskiej jest wykazanie cen danego zakresu zamówienia obowiązujących na rynku. Zresztą wykazanie, iż zaoferowana cena nie jest rażąco niska może, a nawet powinno, polegać na tym samym. Mianowicie w przypadku wykazania, iż cena danej oferty jest ceną rynkową nie ma potrzeby dowodzenia jakichkolwiek okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 2 Pzp uzasadniających jej obniżenie w stosunku do kosztów wykonania zamówienia i cen rynkowych w tym zakresie. Zastrzec przy tym należy, iż rynek i dyktowany przezeń poziom cen w większości przypadków uznać można za ostateczną miarę realnej wartości wszelkich dóbr materialnych i dających się wycenić usług. Dowodzenie wystąpienia bądź dowodzenie niewystąpienia ceny rażąco niskiej w pierwszej kolejności winno więc polegać na wykazaniu zakresu wymaganych nakładów materiałowych czy pracy, a następnie ich rynkowych kosztów. W przypadku gdy powyższe nie jest w pełni możliwe dowodzący winien powziąć i ustalić przynajmniej pewne okoliczności (i ich dowody) fragmentaryczne (np. w odniesieniu do zasadniczych, najbardziej kosztotwórczych części zamówienia) czy wskazujące na powyższe pośrednio, które ewentualnie umożliwiłyby przyjęcie stosownego domniemania faktycznego i ciężar udowodnienia rzeczywistych cen rynkowych lub możliwość obniżenia ceny ofertowej w stosunku do wymagań rynku, przerzuciłyby na wykonawcę, którego zarzut dotyczy lub na zamawiającego, który odrzucenia takiej oferty odmawia.

Odnosząc powyższe do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, Izba oceniając przedstawione dowody (faks Steinbudex z dnia 09.01.2011 r. skierowany do Wydziału Inwestycji Urzędu Miejskiego w Jaworznie), dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz wiarygodność twierdzeń uczestników postępowania odwoławczego w przedmiocie charakteru ceny zawartej w ofercie wybranej, uznała, iż okoliczność wystąpienia ceny rażąco niskiej w niniejszym postępowaniu nie została wprawdzie wprost wykazana, wykazano natomiast okoliczności, które pozwoliłyby powyższe w tym przypadku domniemać. W pierwszej kolejności należy tu wskazać na porównanie cen Steinbudex i innych wykonawców złożonych w postępowaniu, od których poziomu cena oferty wybranej znacząco odbiega. Przede wszystkim jednak powołać w tym kontekście należy twierdzenia zawarte w ww. piśmie wykonawcy, w których sam podważa rzetelność i wiarygodność swojej kalkulacji cenowej. Natomiast zamawiający nie przedstawił ze swej strony żadnych dowodów, które domniemanie w przedmiocie charakteru ceny ofertowej Steinbudex by osłabiały.

Jednakże w związku z niemożliwością odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp bez uprzedniego, obligatoryjnego zastosowania procedury wyjaśniającej kalkulację cenową wykonawcy, nie potwierdzono naruszenia ww. przepisu. Potwierdzono natomiast naruszenie art. 90 ust. 1 Pzp przez jego niezastosowanie w opisanych okolicznościach. Nie nakazywano jednak zamawiającemu dokonania czynności wezwania Steinbudex do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w związku z nakazaniem odrzucenia jego oferty na innej podstawie.

Odnosnie zarzutów dotyczących oferty i udziału MK-BUD w postępowaniu Izba w pierwszej kolejności wskazuje na niezasadność zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 i 8 ustawy – oferta MK-BUD nie podlega odrzuceniu na podstawie tych przepisów. W świetle całości informacji w ofercie zawartych (karta tytułowa oraz zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej) nie ma i nie było żadnych wątpliwości, iż ofertę tę składa osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą – pan Krzysztof Mus. Nie wiadomo również na jakiej podstawie odwołujący zarezerwował tytuł „Prezesa” jedynie dla spółek kapitałowych - również dobrze może się nim posługiwać właściciel czy zarządzający jakimkolwiek przedsiębiorstwem w rozumieniu art. Art. 55¹ Kodeksu cywilnego.

Odnosząc się do zarzutów związanych z wykazaniem przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże z zastrzeżeniem uprzedniego, obligatoryjnego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi, iż zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez

zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W tym zakresie za zasadny uznano jedynie zarzut niewykazania przez MK-BUD spełnienia warunku opisanego w pkt IV ust. 1 pkt 2 lit c) siwz, gdzie zamawiający wymagał od wykonawców legitymowania się wykonaniem zadania polegającego na budowie lub przebudowie rynku, placu miejskiego lub drogi, gdzie wykonane zostały przekładki, przebudowy lub budowy sieci infrastruktury technicznej (elektrycznej, wod-kan, ciepłej, teletechnicznej). Za bezprzedmiotowe uznano tu ustalenie, czy wykonywane w ramach wykonywanego zadania „Rewitalizacja ciągów komunikacyjnych, skwerów, placów w centrum miasta Wieliczka” roboty wodno-kanalizacyjne zostały ukończone. Warunek sformułowany w siwz wymagał wykonania (zakończenia) nie robót wod-kan. ale zadania polegającego na budowie czy przebudowie określonego obiektu, w ramach którego przebudowywano również instalacje wodno-kanalizacyjne. Tymczasem zakończenia takiego zadania przed terminem otwarcia ofert nie wykazano. Referencje i protokoły odbiorów sporządzone przez Zarząd Dróg Miejskich w Wieliczce załączone do oferty MK-BUD powyższego nie potwierdzają – mowa tam o wykonaniu określonych robót czy branż w ramach wskazywanych zadań, a nie zakończeniu wykonywania określonego zadania dotyczącego przynajmniej jednego obiektu wymienionego w treści warunku, w ramach którego wykonywane sieci techniczne, konkretnie wodno-kanalizacyjne. Dowód tego typu przedstawił natomiast odwołujący – Protokół odbioru końcowego robót dla zadania „Rewitalizacja ciągów komunikacyjnych, skwerów, placów w centrum miasta Wieliczka – strefa inwestycyjna I – etap I...”, w którym jednakże wskazano datę zakończenia całego zadania późniejszą niż data składania ofert w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym zasadne stało się nakazanie zamawiającemu wezwania MK-BUD do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wykonania zadania polegającego na budowie lub przebudowie rynku, placu miejskiego lub drogi, gdzie wykonane zostały przekładki, przebudowy lub budowy sieci wodno-kanalizacyjnej.

Pozostałe zarzuty dotyczące wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez ww. wykonawcę są niezasadne.

W szczególności niezasadny jest zarzut dotyczący treści referencji wystawionej przez Radomskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej RADPEC S.A. w Radomiu.

Mianowicie z tytułu zadania oraz informacji w referencji zawartych, iż zakres robót obejmował m.in. (pkt 7) odtworzenie terenu do stanu pierwotnego: drogi, chodniki i tereny zielone, jak najbardziej wynika, iż prace te wykonywano w ramach samodzielnego zadania, zadanie to zostało zakończone, a ponadto polegało na odtworzeniu dróg (przebudowa dróg czy innych obiektów wskazanych w warunku wcale nie musiała być jedynym elementem wykonanego zadania czy elementem głównym).

Potrzeba dowodzenia i potwierdzania, iż osoby podpisane pod dowodami (oświadczeniami) w przedmiocie udostępnienia potencjału podmiotu, są osobami uprawnionymi do składania oświadczeń woli i zaciągania zobowiązań w imieniu tego podmiotów, pojawi się jedynie wtedy gdy istnieją uzasadnione wątpliwości, co do powyższego. Tymczasem odwołujący nie wskazał nawet na czym polegać miałyby wątpliwości odnośnie umocowania osób oświadczenia przedłożone przez MK-BUD podpisujących. Natomiast co do zasady, dokumentów potwierdzających powyższe wykonawca załączać nie musi.

Ponadto Izba stwierdza, iż jakkolwiek w referencjach dla BasenComplex Łukasz Adamski Sp. K w Opolu oraz dla R.D.M. Śródmieście Sp. z o.o. w Krakowie nie użyto zwrotu, iż roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej, można przyjąć, iż powyższe wynika z całości informacji zawartych w ich treści.

Oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu załączone do oferty MK-BUD podpisała osoba, która złożyła ofertę, czyli p. Krzysztof Mus i nie zachodzą w tym przedmiocie żadne wątpliwości.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 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: