

Sygn. akt: KIO 2998/13

KIO 76/14

WYROK

z dnia 30 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Ewa Sikorska**

Małgorzata Rakowska

Robert Skrzyszewski

Protokolant: **Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 stycznia 2014 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2013 roku i 17 stycznia 2014 r. przez **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową Nr 3378 w Drawsku Pomorskim** przy udziale wykonawcy **Daniela B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd w Żaganiu**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania
2. kosztami postępowania obciąża **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** i
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Impel Cleaning Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** tytułem wpisów od odwołań;
 - 2.2 zasądza od **Impel Cleaning Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu** na rzecz **Jednostki Wojskowej Nr 3378 w Drawsku Pomorskim** kwotę **1 000 zł 00 gr** (słownie: jeden tysiąc złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby

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

.....

.....

.....

Sygn. akt: KIO 2998/13

KIO 76/14

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 3378 w Drawsku Pomorskim – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi sprzątanía pomieszczeń wewnętrznych budynków, zewnętrznych terenów utwardzonych oraz terenów zielonych w jednostkach, instytucjach i obiektach wojskowych położonych w rejonie odpowiedzialności jednostki wojskowej 3378 Drawsko Pomorskie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 27 grudnia 2013 roku wykonawca Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego, zarzucając mu naruszenie następujących przepisów w zakresie zadania I:

- 1) art 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i niewykluczenie z postępowania wykonawcy: Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd Daniel B.; ul. Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań (przystępujący) mimo iż ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia dokumentów, o których mowa art. 25 ust. 1 ustawy Pzp publicznych, mimo że przystępujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;
- 4) z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo że oferta ta zawierają rażąco niską cenę oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;
- 5) art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny;

6) art. 91 ust 1 ustawy Pzp najkorzystniejszej.

Odwołujący wniosk o:

- 1) uchylenie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego
- 2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego , gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie;
- 4) nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 24 ust. 1 i 2 ustawy Pzp;
- 5) ewentualnie w razie gdyby Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia lub odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę i czyn nieuczciwej konkurencji, nakazanie zamawiającemu wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego w przypadku, gdy wykonawca ten pomimo wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wykaże spełniania warunku udziału w postępowaniu;
- 6) nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego bez wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o ile w ocenie Izby potwierdzi się zarzut rażąco niskiej ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji;
- 7) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 8) ewentualnie w razie gdyby Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, o nakazanie zamawiającemu wezwania tego wykonawcy do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny;
- 9) nakazanie zamawiającemu wyboru, jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr I postępowania, niepodlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę niewykluczonego z udziału w postępowaniu tj. oferty odwołującego;

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że w dniu 17 grudnia 2013 r., na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia, powziął informację, że za najkorzystniejszą w postępowaniu w zadaniu nr I uznano ofertę złożoną przez wykonawcę: Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd Daniel B.; ul, Bolesława Chrobrego 14, 68-100 Żagań. W

ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest nieprawidłowe, gdyż ww. wykonawca, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie odpowiadającym żądaniom ustalonym w SIWZ oraz wymaganym zgodnie z ustawą Pzp a także złożył, w ww. zakresie zadania I, ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji. Wobec powyższego odwołujący podnosi: I. Niespełnienie przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z postanowieniami SIWZ (rozdz. VII ust, 2), wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia zobowiązany był na potwierdzenie niepodlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 i 2, ustawy Pzp: 1) „oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunku, o którym mowa w art. 24. ust, 1 ustawy Pzp - wzór oświadczenia stanowi (wzór załącznik nr 10 do SIWZ), 2) aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert; 3) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzające, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. 4) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, 5) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, 6) aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust.1 pkt. 10 i 11 ustawy, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. 7) aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG), jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawiony nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania ofert.” Ponadto, zgodnie z postanowieniami rozdz. VII ust. 3 SIWZ, „Wykonawca powołujący się przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie określonym w ust. 2 niniejszego Rozdziału. W przypadku odwołania się wykonawcy do potencjału podmiotów trzecich w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia

potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych, dokumenty żądane przez zamawiającego od wykonawcy powinny być odpowiednio złożone wraz z pisemnym zobowiązaniem przez podmioty trzecie.”

Wybrany wykonawca wbrew przepisom ustawy Pzp oraz wymogom SIWZ nie przedstawił dotyczącego własnego przedsiębiorstwa aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG). Ponadto w zakresie dotyczącym podmiotu udostępniającego nie zostały przedłożone przez wybranego wykonawcę: 1) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunku o którym mowa w art. 24. ust. 1 ustawy Pzp; 2) aktualne zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego; 3) aktualny odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG). W związku z powyższym wybrany wykonawca, jako wykonawca, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł ponadto, że wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie - gdyż legitymuje się potencjałem podmiotu trzeciego, do którego to potencjału nie posiada rzeczywistego dostępu. Wybrany wykonawca, na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu (wiedza i doświadczenie), po uprzednim wezwaniu do uzupełnienia dokumentów poświadczających legitymowanie się potencjałem w wymaganym zakresie, przedstawił należycie wykonane usługi, użyte przez podmiot trzeci. Zgodnie z żądaniem zamawiającego ww. wykonawca oprócz wykazu usług i dowodów potwierdzających należyte wykonanie tychże usług (referencji) przedstawił zobowiązanie o udostępnieniu. Zobowiązanie to nie potwierdza, że wybrany wykonawca posiada rzeczywisty dostęp do potencjału podmiotu trzeciego, w tym, w szczególności nie zawiera oświadczenia o zakresie dostępnych dla wybranego wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego, jego formach, czy sposobach wykorzystania udostępnionych zasobów. Zgodnie z ustawą Pzp wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest uprawniony posilkować się potencjałem podmiotu trzeciego. Przepis art. 26 ust. 2b ww. ustawy Pzp jednoznacznie wskazuje jednak, że ww. udostępnienie nie jest ograniczone wyłącznie do chwili kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu, ale rozciąga się również na okres realizacji zamówienia. Powyższa teza znajduje uzasadnienie w treści przywołanej normy, a w szczególności w sformułowaniu „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Zakres i sposoby udostępnienia pomocniczo zdefiniowane zostały w pst. 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 19 lutego 2013 r. w

sprawie rodzaju dokumentów (...). W myśl przywołanego przepisu charakter stosunku łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym, gwarantować musi pierwszemu rzeczywisty dostęp do użyczanych zasobów. Tym samym ustawodawca nie wskazał zamkniętego katalogu dopuszczalnych form i zakresów wykorzystywania potencjałów podmiotu trzeciego, jednakże nałożył obowiązek rzeczywistego, faktycznego dostępu do tychże potencjałów. Oceniając więc jaki zakres i sposób wykorzystywania zasobów, na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp jest dopuszczalny, bezspornym jest, że tylko udostępnienie bezpieczne dla zamawiającego (zabezpieczające rzeczywisty udział podmiotu udostępniającego w realizacji umowy) i gwarantujące należyte wykonanie zamówienia publicznego jest ważne i skuteczne. Podstawą funkcją warunków udziału w postępowaniu jest eliminacja tych spośród wykonawców, których umiejętności i właściwości nie dają podstaw by przypuszczać, że powierzone im zadanie zrealizowane zostanie prawidłowo.

Odwołujący podniósł, że wybrany wykonawca zaoferował realizację zamówienia w zakresie zadania nr I - części GZ Oleszno za kwotę 1 198 182, 91 zł brutto za realizację pełnej umowy w ciągu 24 miesięcy. Cena ta jest o 30,51% niższa od kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zadania (1 724 230,60 zł brutto) i niższa od kwoty drugiego w kolejności wykonawcy - firmy Impel Cleaning Sp. z o.o. (1 475 501,64 zł za całość zadania) o 18,79%. Cena zaoferowana przez przystępującego w zadaniu nr I jest ponad 30% niższa od kwoty jaką zamawiający przeznaczył na realizację przedmiotu zamówienia w zadaniu nr I, ponad 10% niższa od średnich cen pozostałych ofert w grupie w zadaniu nr I. W związku z powyższym odwołujący podnosi, iż w ustalonym stanie faktycznym sprawy, istnieje uzasadnione podejrzenie, że oferta przystępującego w zakresie zadania I zawiera rażąco niską cenę. Odwołujący przedstawił szczegółową kalkulację na potwierdzenie zarzutu.

W dniu 17 stycznia 2014 roku odwołujący Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając mu naruszenie następujących przepisów w zakresie zadania I:

1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i nie wykluczenie z postępowania przystępującego, mimo iż przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;

3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do złożenia dokumentów, o których mowa art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, mimo że przystępujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

4) z art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo że oferta ta zawierają rażąco niską cenę oraz stanowi czyn nieuczciwej konkurencji;

5) art. 90 ust. 1 oraz 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie uznania, iż wyjaśnienia dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny wybranego wykonawcy nie spełniają przesłanek określonych w ustawie;

6) art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej,

7) art. 94 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu podpisania umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący, w zakresie zadania nr I, wniósł o:

1) uchylenie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego;

2) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

3) nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego, gdyż nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu - wiedza i doświadczenie;

4) ewentualnie w razie gdyby Izba nie stwierdziła podstaw do wykluczenia z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia lub odrzucenia oferty ze względu na rażąco niską cenę i czyn nieuczciwej konkurencji, nakazanie zamawiającemu wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu wykluczenia przystępującego w przypadku, gdy przystępujący pomimo wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wykaże spełniania warunku udziału w postępowaniu;

5) nakazanie zamawiającemu wykluczenia przystępującego bez wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, o ile w ocenie Izby potwierdzi się zarzut rażąco niskiej ceny lub czynu nieuczciwej konkurencji;

6) nakazanie zamawiającemu odrzucenia, oferty przystępującego jako zawierającej rażąco niską cenę lub stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

7) ewentualnie w razie gdyby Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, o nakazanie zamawiającemu wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny;

8) nakazanie zamawiającemu wyboru, jako najkorzystniejszej, w zakresie zadania nr I postępowania, niepodlegającej odrzuceniu oferty złożonej przez odwołującego

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że w dniu 8 stycznia 2014 r., na podstawie przekazanego przez zamawiającego zawiadomienia, powziął informację, że za najkorzystniejszą w Postępowaniu w zadaniu nr I uznano ofertę złożoną przez przystępującego W ocenie odwołującego, działania zamawiającego są nieprawidłowe, gdyż w dniu 17.12.2013 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr I wybierając ofertę przystępującego. Na powyższe rozstrzygnięcie w dniu 27.12.2013 r. złożył odwołanie wykonawca - Impel Cleaning. Zamawiający nie uznał odwołania w całości, zgodził się jedynie z częścią zarzutów zawartych w odwołaniu. Poinformował o tym wykonawców pismem z dnia 7 stycznia br., unieważniając wybór najkorzystniejszej oferty oraz wzywając przystępującego do uzupełnienia dokumentów. Już w dniu 8 stycznia 2014 r, zamawiający ponownie wybrał jako najkorzystniejszą w zadaniu I ofertę przystępującego i wyznaczył termin podpisania umowy na dzień 20.01.2014 r. Wybór w dniu 8 stycznia 2014 r. został dokonany, mimo, iż odwołanie z dnia 27 grudnia 2013 r. nie zostało jeszcze rozpatrzone przez Krajową Izbę Odwoławczą i mimo, że zamawiający nie uwzględnił go w całości. Tym samym czynność zamawiającego z dnia 8 stycznia br, jest co najmniej przedwczesna, sprzeczna z obowiązującymi przepisami, które zabraniają zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty w czasie, gdy wcześniej złożone odwołanie wobec któregośkolwiek z wykonawców nie zostało ostatecznie rozstrzygnięte. Wykonawca, nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie odpowiadającym żądaniom ustalonym w SIWZ oraz wymaganym zgodnie z ustawą Pzp, a także złożył, w ww. zakresie zadania I, ofertę zawierającą rażąco niską cenę oraz stanowiącą czyn nieuczciwej konkurencji.

Odwołujący podtrzymał argumentację wyrażoną w odwołaniu z dnia 27 grudnia 2013 roku.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z dnia 27 grudnia 2013 roku. Podniósł, że w szczególności bezzasadny jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, tj. niewykluczenia przystępującego z powodu nie wykazania przez tego wykonawcę

spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zarzucił, że zamawiający dokonał w dniu 17 grudnia 2013 roku wyboru oferty przystępującego wykonawcy, pomimo że nie złożył on w postępowaniu wszystkich wymaganych dokumentów, tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG) dotyczącego własnego przedsiębiorstwa oraz nie złożył dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, z którego potencjału będzie korzystał:

- oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia,
- aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS,
- aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG).

Zamawiający w dniu 7 stycznia 2014 roku unieważnił czynność najkorzystniejszej oferty, albowiem uznał, że odwołanie z dnia 27 grudnia 2013 roku jest uzasadnione w części dotyczącej braku oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, z którego będzie korzystał przystępujący. W tym samym dniu wezwał wybranego wykonawcę do uzupełnienia – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – przedmiotowego oświadczenia. W wyznaczonym terminie, tj. do 08.01.2014 r. do godz. 12.00 wezwany wykonawca uzupełnił brakujące oświadczenie. Zamawiający po otrzymaniu oświadczenia dokonał ponownego badania i oceny ofert oraz ponownie wybrał ofertę przystępującego.

W ocenie zamawiającego niezasadne są również pozostałe zarzuty, w tym zarzut nie potwierdzenia przez wybranego wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia z powodu rzeczywistego dostępu do potencjału podmiotu trzeciego. Odwołujący zarzucił, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie gwarantuje zamawiającemu należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Jednakże sam odwołujący przyznaje, że takie zobowiązanie pozytywnie weryfikuje do udziału w postępowaniu. Zamawiający podkreślił, że dowodem na dysponowanie zasobem innego podmiotu może być każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot. W art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jako przykład ustawodawca wymienia właśnie pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający uznał również za bezzasadny zarzut dot. zaoferowania przez wybranego wykonawcę rażąco niskiej ceny za wykonanie zadania cz. I – GZ Oleszno., Odwołujący zarzucił, że wybrany wykonawca zaoferował cenę o 30,5% niższą od wartości szacunkowej zamówienia. Ponadto odwołujący przedstawił własną kalkulację kosztów, w

której wskazał, jakie koszty będzie musiał ponieść wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie.

Zamawiający, po otrzymaniu informacji od odwołującego o podejrzeniu rażąco niskiej ceny w ofercie przystępującego, wezwał tego wykonawcę, na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny. W wyznaczonym terminie, tj. w dniu 26 grudnia 2013 roku, przystępujący doręczył zamawiającemu wyjaśnienia wraz ze szczegółową kalkulacją ceny i zamawiający uznał, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Zamawiający wziął pod uwagę rozwiązania techniczne zastosowane przez tego wykonawcę (wydajność maszyn i urządzeń), formy zatrudnienia pracowników oraz zysk generowany przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia publicznego.

Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania z dnia 17 stycznia 2014 roku, a w przypadku nieuwzględnienia wniosku – o oddalenie odwołania w całości.

Podniósł, że odwołanie podlega odrzuceniu, albowiem zostało wniesione po terminie określonym w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Z treści odwołania i z załączników wynika, że odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu uchylecia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17 grudnia 2013 roku. Ponadto odwołujący w odwołaniu podnosi te same zarzuty, które są przedmiotem odwołania z dnia 27.12.2013 r.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w dniu 17 grudnia 2013 roku dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 1, wybierając ofertę przystępującego. W ocenie odwołującego wybór nastąpił z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, wobec czego w dniu 27 grudnia 2013 roku wniósł odwołanie na powyższe rozstrzygnięcie. Ponadto odwołujący zarzuca, że unieważnienie przez zamawiającego w dniu 07.01.2014 r. wyboru najkorzystniejszej oferty, uwzględnienie w części odwołania i wezwanie przystępującego było przedwczesne i sprzeczne z obowiązującymi przepisami.

Zamawiający stwierdził, że czynność powtórnego badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, albowiem ustawodawca nie zakazał zamawiającemu w trakcie postępowania odwoławczego uwzględniania zarzutów odwołania.

W zakresie pozostałych zarzutów zamawiający podtrzymał stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie z dnia 27.12.2013 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Wartość zamówienia na część I wynosiła: 734 156,84 zł za 2014 roku i 734156,84 zł za 2015 r.

Bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie części I zamówienia: 1 724 230,60 zł za 2014 i 2015 rok.

W postępowaniu na część I złożono 5 ofert:

- 1) RE-NATURA-BUD Krzysztof J. ze Szczecina – 1 672 956,93 zł
- 2) Konsorcjum: DGP CLEAN PARTNER Sp. Z o.o. w Legnicy, DGP DOZORBUT GRUPA POLSKA Sp. z o.o. w Legnicy, Przedsiębiorstwo Usługowe GOS-ZEC Sp. z o.o. w Poznaniu, DERSŁAW Sp. z o.o. w Połańcu – 1 783 372,78 zł
- 3) SOEN Sp. z o.o. w Grudziądzu – 1 880 275,94 zł
- 4) Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd Daniel B. – 1 198 182,91 zł
- 5) IMPEL CLEANING Sp. z o.o. we Wrocławiu – 1 475 501,64 zł

Przystępujący wraz z ofertą nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów, tj. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG) dotyczącego własnego przedsiębiorstwa oraz nie złożył dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, z którego potencjału będzie korzystał:

- oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia,
- aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału ZUS lub KRUS,
- aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG).

Po otwarciu ofert w dniu 12.12.2013 r. zamawiający stwierdził, że przystępujący nie złożył następujących dokumentów:

- oświadczenia o posiadaniu polisy ubezpieczeniowej na czas obowiązywania umowy,
- oświadczenia o przynależności lub braku przynależności do grupy kapitałowej
- aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG).

W związku z powyższym zamawiający pismem z dnia 12.12.2013 r. wezwał przystępującego do uzupełnienia – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – ww. dokumentów. Wykonawca w terminie wyznaczonym przez zamawiającego uzupełnił żądane dokumenty, a także z własnej woli uzupełnił dokumentację dot. spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego, tj.:

- wykaz usług,
- referencje,
- zobowiązanie do oddania wiedzy i doświadczenia niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia,
- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 – 8 oraz 9 ustawy Pzp,
- zaświadczenie z Urzędu Skarbowego o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości,
- zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS,
- aktualny odpis z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej (CEIDG).

W dniu 17 grudnia 2013 roku zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w części I.

Odwołujący w dniu 20 grudnia 2013 roku złożył do zamawiającego pismo z informacją, że oferta przystępującego może zawierać rażąco niską cenę. Zamawiający pismem z dnia 20 grudnia 2013 roku przekazał pismo odwołującego przystępującemu z prośbą o ustosunkowanie się do podniesionych zarzutów. Przystępujący pismem z dnia 26 grudnia 2013 roku udzielił zamawiającemu żądanych wyjaśnień.

Pismem z dnia 27 grudnia 2013 roku zamawiający poinformował odwołującego, że po przeanalizowaniu dokumentów złożonych przez przystępującego podtrzymuje pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty.

W dniu 27 grudnia 2013 roku wykonawca Impel Cleaning Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego.

W dniu 7 stycznia 2014 roku zamawiający uznał w części zarzuty odwołania i unieważnił czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, ponieważ uznał, że odwołanie z dnia 27.12.2013 r. jest uzasadnione w zakresie dot. braku oświadczenia o braku podstaw do

wykluczenia podmiotu trzeciego, z którego potencjału będzie korzystał przystępujący. W tym samym dniu zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W wyznaczonym terminie przystępujący uzupełnił brakujące oświadczenie. Zamawiający po otrzymaniu oświadczenia dokonał ponownego badania i oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej. W wyniku powtórzonych czynności wybrana została oferta złożona przez przystępującego.

W dniu 17 stycznia 2014 roku odwołujący Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu wniósł drugie odwołanie wobec czynności zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołania są bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Postanowieniem wydanym na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i przystępującego Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania z dnia 17 stycznia 2014 roku sygn. akt KIO 76/14.

Izba nie uwzględniła zarzutu zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty, których brak zarzucił odwołujący ofercie przystępującego zostały bowiem uzupełnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jeszcze przed wyborem najkorzystniejszej oferty. Zarzut okazał się słuszny wobec jednego dokumentu – oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, z którego potencjału będzie korzystał wybrany wykonawca, czyli przystępujący. Jednakże w tym zakresie zamawiający uwzględnił odwołanie i wezwał wykonawcę do uzupełnienia brakującego dokumentu. Dokument został przez przystępującego uzupełniony w wyznaczonym przez zamawiającego terminie.

W ocenie Izby zarzut niepotwierdzenia przez przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia należy uznać za bezpodstawny.

Przystępujący złożył oświadczenie podmiotu trzeciego, Adama N. – Zakład Sprzątnania Wnętrz w Szczecinie, z którego wynika, że udostępni on przystępującemu wiedzę

i doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osoba zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Ustawa Pzp nie precyzuje w sposób szczegółowy wymogów dotyczących dokumentów, za pomocą których wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Co więcej, nie narzuca również konkretnego rodzaju dokumentu, wskazując niejako przykładowo, że może to być pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania niezbędnych zasobów. Zważyć przy tym należy, że również w przypadku owego zobowiązania ustawa Pzp wymaga jedynie, by miało ono charakter pisemny i aby wynikało z niego, iż podmiot trzeci udostępni do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W ocenie Izby oświadczenie złożone przez Adama N. czyni zadość wymogom ustawy Pzp. Podkreślić należy, iż gdyby zamawiający wymagał dokumentu o określonej treści, powinien był zawrzeć taki wymóg w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wobec braku jakichkolwiek wymagań w treści SIWZ w tym zakresie zarzut, iż zobowiązanie Adama N. nie gwarantuje zamawiającemu należytego wykonania zamówienia nie znajduje podstaw.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przystępującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość jej ceny.

Stosownie do art. 90 ust. 1 ustawy – Pzp zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się w formie pisemnej do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Analiza treści wskazanego przepisu pozwala na wniosek, iż zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień każdorazowo, gdy tylko powźmie wątpliwości co do zaoferowanej ceny pod względem jej rażącego zaniżenia. Zamawiający obowiązany jest zbadać

zaoferowaną cenę w odniesieniu do danych, którymi dysponuje. Izba stoi na stanowisku, iż punktem odniesienia dla zamawiającego powinna być ustalona przez niego wartość zamówienia oraz ceny zaoferowane przez innych wykonawców, biorących udział w postępowaniu.

A zatem, jeśli w trakcie oceny ofert zamawiający ma do czynienia z ofertą zawierającą cenę odbiegającą w istotny sposób od wartości przedmiotu zamówienia oraz innych ofert, w celu ustalenia, czy oferta zawiera cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, obowiązany jest zwrócić się do wykonawcy o szczegółowe wyjaśnienie powodów zaproponowania tak niskiej ceny.

Ze stanowiska zamawiającego wynika, iż w jego ocenie brak było podstaw do wszczęcia postępowania wyjaśniającego w kwestii rażąco niskiej ceny wobec przystępującego. Zamawiający przeprowadził postępowanie po wyborze najkorzystniejszej oferty i zrobił to tylko dlatego, żeby mieć pewność, że postępowanie prowadzone jest zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Izba zbadała zatem przesłanki ewentualnego przeprowadzenia takiego postępowania i skonstatowała, iż w przypadku ceny zaoferowanej przez przystępującego istniały podstawy do żądania złożenia przez niego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zaoferowana cena w sposób znaczny odbiega zarówno od wartości szacunkowej zamówienia, jak i cen pozostałych wykonawców.

Niemniej jednak analiza wyjaśnień złożonych przez przystępującego pozwala na wniosek, iż zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Przystępujący złożył wyjaśnienia, które odpowiednio umotywował, wskazał na czynniki, które pozwoliły mu obniżyć cenę, takie jak: oszczędność metody wykonania zamówienia, wybrane rozwiązania techniczne, sprzyjające warunki zamówienia itp.

Z tego też względu Izba nie uwzględniła odwołań, pomimo tego, iż uznała za słuszny zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Ponieważ ewentualne uwzględnienie odwołań i nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownej oceny ofert doprowadziłoby do wyboru tego samego wykonawcy, stwierdzić należy, iż naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie miało wpływu na wynik postępowania.

Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty pomimo niezakończenia postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą. Zważyć należy, że zamawiający po złożeniu odwołania sam unieważnił wybór najkorzystniejszej oferty, zatem zaskarżona czynność przestała istnieć. Zamawiający mógł zatem ponownie dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 94 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wyznaczenie terminu podpisania umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty, uznając, że samo wyznaczenie terminu zawarcia umowy nie stanowi jeszcze naruszenia przepisu. Zamawiający naruszyłby rzeczony przepis dopiero w momencie, gdyby zawarł umowę przed ogłoszeniem przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie w sprawie.

Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, z uwagi na fakt, iż zgodnie z § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania w wysokości określonej na podstawie przedłożonych rachunków, obejmujące w szczególności koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę lub rozprawy (posiedzenie lub posiedzenia) Izby oraz wynagrodzenie pełnomocników, jednak nie wyższe niż kwota 3 600 zł. Oznacza to, że zwrot kosztów przysługuje tylko stronie, a nie uczestnikowi postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....