

Sygn. akt: KIO 2295/15

WYROK

z dnia 6 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2015 r. przez wykonawcę **Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A., ul. Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa**

przy udziale wykonawcy **K+S Polska Sp. z o.o., Al. 28 Czerwca 1956 r. 404, 61-441 Poznań** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu, tj. Mazowieckiemu Zarządowi Dróg Wojewódzkich w Warszawie, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu, w tym dokonanie czynności wezwania wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz dokonanie wezwania wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, a w pozostałym zakresie uznaje zarzuty i żądania odwołania za nieuzasadnione,**
2. kosztami postępowania obciąża **Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa** i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A., ul. Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Mazowieckiego Zarządu Dróg Wojewódzkich w Warszawie, ul. Mazowiecka 14, 00-048 Warszawa** na rzecz wykonawcy **Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A., ul. Aleja 1000-lecia 2, 62-650 Kłodawa** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z 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 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Mazowiecki Zarząd Dróg Wojewódzkich w Warszawie (dalej: „zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę soli drogowej do zwalczania śliskości na drogach wojewódzkich. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 lipca 2015 r. pod pozycją 2015/S 142-261020.

W postępowaniu tym wykonawca Kopalnia Soli „Kłodawa” S.A. (dalej: „odwołujący”) w dniu 23 października 2015 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

- dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez K+S Polska Sp. z o.o.,
 - zaniechaniu odrzucenia oferty K+S Polska Sp. z o.o., pomimo że oferta ta podlegała odrzuceniu,
 - zaniechaniu wykluczenia wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia oferty tego wykonawcy na skutek wykluczenia,
 - zaniechaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty odwołującego,
- a w przypadku, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zarzutów dotyczących czynności i zaniechań zamawiającego, o których mowa powyżej, również:
- zaniechaniu wezwania wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków uczestnictwa w postępowaniu,
 - zaniechaniu wezwania wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o. do wyjaśnienia czy cena oferty nie jest rażąco niska,
 - zaniechaniu odrzucenia oferty K+S Polska Sp. z o.o. jako oferty z ceną rażąco niską,
 - zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 14 ustawy Pzp i art. 65 i art. 66 kodeksu cywilnego poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K+S Polska Sp. z o.o. z uwagi na niepodlegającą poprawie

niezgodność treści oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”),

- art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K+S Polska Sp. z o.o. z uwagi na rażąco niski charakter ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę,

- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania K+S Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, pomimo że cena oferty złożonej przez tego wykonawcę odbiegała od cen rynkowych,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia K+S Polska Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wobec nieudokumentowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w związku z niezłożeniem żądanego przez zamawiającego dokumentu - wykazu dostaw w zakresie potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nieudowodnienia zamawiającemu, że wykonawca K+S Polska Sp. z o.o. będzie tymi zasobami faktycznie dysponował w trakcie realizacji zamówienia,

- art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wobec zaniechania wezwania wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dowodów, że wykonawca ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności wskazania sposobu wykorzystania zasobów tych podmiotów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z tymi podmiotami oraz ewentualnego zakresu i okresu udziału tych podmiotów w wykonaniu zamówienia,

- art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o. jako wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania z przyczyn, o których mowa powyżej,

- art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu oraz wybór oferty innej niż najkorzystniejsza - oferty podlegającej odrzuceniu z przyczyn, o których mowa powyżej oraz zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał na następujące okoliczności:

I. Zarzut nieusuwalnej niezgodności treści oferty K+S Polska Sp. z o.o. z treścią SIWZ - art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Odwołujący zwrócił uwagę na pkt 3 ppkt 3.3 SIWZ oraz na wymagania zamawiającego opisane w części III pkt 2 SIWZ. Odwołujący wskazał również,

że K+S Polska Sp. z o.o. w swojej ofercie, dostosowując się do wymagań zamawiającego w zakresie żądanych dokumentów jakościowych, zamieściła w swojej ofercie dokumenty w tym zakresie, a mianowicie:

a) atest higieniczny znak HK/B/0417/01/2011 dla soli drogowej kamiennej o granulacji 5,0-0,2 mm i 3,2-0,2 mm produkowanej przez ESCO EUROPEAN SALT COMPANY GmbH & Co KG wydany 19 kwietnia 2013 r. przez Narodowy Instytut Zdrowia Publicznego, Państwowy Zakład Higieny, Zakład Higieny Środowiska w Warszawie na wniosek K+S Polska Sp. z o.o. stwierdzający, iż badany produkt odpowiada badaniom higienicznym bez zastrzeżeń,

b) opinię techniczną nr 3/2014/IDM-TO z dnia 16 lipca 2014 r. Instytutu Badawczego Dróg i Mostów w Warszawie stwierdzającą, że sól produkcji firmy przez ESCO EUROPEAN SALT COMPANY GmbH & Co KG Niemcy sprzedawana w Polsce przez K+S Polska Sp. z o.o. może być stosowana do wytwarzania solanek i posypywania nawierzchni drogowych w zimowym utrzymaniu dróg;

do opinii tej zostały dołączone załączniki:

- Załącznik nr 1: wyniki badań składu ziarnowego i skuteczności topienia płytek lodu przeprowadzonych w Instytucie Badawczym Dróg i Mostów - Warszawa
- Załącznik nr 2: wyniki badań składu chemicznego wykonane przez firmę esco
- Załącznik nr 3: Atest Higieniczny wydany przez Państwowy Zakład Higieny - Warszawa

Jak zauważył odwołujący, analiza parametrów soli w zakresie składu ziarnowego podanych w Załączniku nr 1 dowodzi, że wykonawca ten przedstawił dwa warianty dostaw:

- sól drogową kamienną 3,2 - 0,2 mm o zawartości 21,6% ziaren poniżej 1 mm,
- sól drogową kamienną 5,0 - 0,2 mm o zawartości 2,8% ziaren poniżej 1 mm,

przy wymaganiu w tym zakresie określonym w SIWZ na max. 20% (pkt 2 ppkt 1b Opisu Przedmiotu Zamówienia). Okoliczność bezsporną stanowi, jak stwierdził odwołujący, że zawartość ziaren poniżej 1 mm w soli drogowej kamiennej 3,2 -0,2 mm wielkość tę przekracza, co powoduje, że oferowana sól jest niezgodna z solą zamawianą w SIWZ.

Odwołujący argumentował, że nawet, gdyby jednak uznać, że wymagania zamawiającego sformułowane w SIWZ w zakresie wymaganego uziarnienia spełnia sól drogowa kamienna 5,0 - 0,2 mm, to występuje kolejna nieusuwalna sprzeczność z wymaganiami zamawiającymi zamieszczonymi w SIWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia – pkt 2 ppkt 6), tym razem dotycząca zawartości antyzbrylacza. Odwołujący wskazał, że Załącznik nr 2 [Informacja o produkcji] w zakresie esco - soli kamiennej drogowej

3,2 - 0,2 mm podaje m.in. informację o ilości antyzbrylacza E 535 wyrażony jako $\text{Na}_4[\text{Fe}(\text{CN})_6]$ określając ją na 70-100 mg/kg (poz. preparowanie). Tożsame parametry zostały stwierdzone dla soli esco 5-0,2 mm. Tymczasem, jak wskazał odwołujący, zamawiający w SIWZ stwierdził, iż „2. Przedmiot zamówienia określony w pkt. 1 powinien spełniać następujące wymagania techniczne: (...) 7. Zawartość żelazocyjanku potasu (antyzbrylacza) - 20 mg/kg” Odwołujący zwrócił uwagę, że ilość antyzbrylacza w postaci żelazocyjanku potasu w soli drogowej zaferowanej przez wykonawcę K+S Polska Sp. z o.o. przekracza wymagany w SIWZ parametr co najmniej 3,5 do 4 razy, stanowi zatem o niezgodności zaferowanego produktu z produktem zamówionym przez zamawiającego w postępowaniu.

Z uwagi na powyższe, zdaniem odwołującego, zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę K+S Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z SIWZ. W opinii odwołującego, nie ulega wątpliwości, że w ofercie K+S Polska Sp. z o.o. zachodzi niezgodność o charakterze merytorycznym z wymaganiami SIWZ i niezgodność ta dotyczy treści oferty. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający i wykonawcy są związani postanowieniami SIWZ, a wszystko, co składa się na treść SIWZ, jest wymogiem mającym z jakichś przyczyn znaczenie dla zamawiającego. Odwołujący zauważył, że niezgodność ta ma charakter nieusuwalny - dotyczy parametrów oferowanego produktu potwierdzonych odpowiednimi badaniami laboratoryjnymi i certyfikatami, które rażąco odbiegają od parametrów żądanych w SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że po terminie składania ofert ocena oferty może być dokonana wyłącznie w oparciu o takie brzmienie SIWZ, jakie zostało ustalone, a jakiegokolwiek odstępstwa i nierespektowanie postanowień SIWZ stanowiłoby naruszenie podstawowych zasad zamówień publicznych, w szczególności zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący stwierdził, że zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej uchybiając tym zasadom, co stanowi naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp w zw. z niezgodnością treści oferty w rozumieniu art. 66 kodeksu cywilnego z uwagi na dyspozycję art. 14 ustawy Pzp.

Dodatkowo odwołujący zauważył, że kwestionowany przez niego parametr dotyczący zawartości antyzbrylacza należy do parametrów bardzo istotnych w kontekście aspektów środowiskowych. Odwołujący wyjaśnił, że żelazocyjanek potasu nie należy do substancji obojętnych dla środowiska i jest zakazany w niektórych krajach, np. w USA. Stosowanie tak istotnie większej ilości, jak to proponuje w swojej ofercie K+S Polska Sp. z o.o. w stosunku do wymagań określonych w SIWZ nie jest obojętne w aspekcie środowiskowym. Odwołujący wskazał ponadto, że Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych uchylająca dyrektywę 2004/18/WE jednoznacznie wskazuje na obowiązek uwzględniania wymogów środowiskowych

w zamówieniach publicznych, przypominając w motywie 91, iż art. 11 TFUE wymaga, by wymogi ochrony środowiska były uwzględniane przy ustalaniu i realizacji unijnych polityk i działań, w szczególności w celu wspierania zrównoważonego rozwoju. Dyrektywa ta precyzuje również, w jaki sposób instytucje zamawiające mogą przyczynić się do ochrony środowiska i wspierania zrównoważonego rozwoju, zapewniając jednocześnie możliwość uzyskania przez te instytucje najlepszej jakości za daną cenę dla ich zamówień.

W konsekwencji, w przekonaniu odwołującego, zarzut podnoszony przez odwołującego sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ stanowi samodzielną przesłankę do odrzucenia oferty wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o.

II. Zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia czy cena oferty złożonej przez K+S Polska Sp. z o.o. nie jest rażąco niska, pomimo że cena oferty znacząco odbiegała od szacunkowej wartości zamówienia i od cen rynkowych, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K+S Polska Sp. z o.o. z uwagi na rażąco niski charakter ceny zaoferowanej przez tego wykonawcę

Jak wskazał odwołujący, za „rażąco niską cenę” powszechnie przyjmuje się ofertę z ceną niewiarygodną, nierealistyczną w stosunku do cen rynkowych podobnych zamówień. Jest to cena znacząco odbiegająca od cen przyjętych, wskazująca na fakt realizacji zamówienia poniżej kosztów. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych (wyrok Sądu Okręgowego w K. z dnia 30 stycznia 2007 r., sygn. akt XIX Ga 3/07).

Odwołujący zauważył, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Ich porównanie z szacunkową wartością zamówienia ustaloną przez zamawiającego na kwotę 5 233 204,00 zł prowadzi do wniosku, iż cena oferty złożonej przez wykonawcę K+S Polska Sp. z o.o. stanowi zaledwie 86,06% szacunkowej wartości zamówienia. Różnica pomiędzy ceną oferty odwołującego i ceną oferty wykonawcy K+S Polska Sp. z o.o. wynosi aż 14% - 620 185,68 zł, co na tak konkurencyjnym rynku, jak rynek dostaw soli drogowej stanowi olbrzymią różnicę. Cena oferty K+S Polska Sp. z o.o. odbiega istotnie od ceny realnej rynkowej zaproponowanej przez pozostałych dwóch wykonawców. Okoliczność ta powinna, zdaniem odwołującego, wzbudzić wątpliwości zamawiającego.

Odwołujący przywołał dyspozycję art. 90 ust.1 ustawy Pzp zwracając uwagę, że w przedmiotowej sprawie cena oferty złożonej przez wykonawcę K+S Polska Sp. z o.o. nie jest niższa o więcej niż 30% od wartości zamówienia ustalonej przez zamawiającego, jednak uwzględniając okoliczność, że cena ta odbiega znacznie od ceny rynkowej,

okoliczność ta również pociąga za sobą obowiązek wdrożenia procedury wyjaśniającej, w szczególności w zakresie:

1) oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (Dz. U. Nr 200, poz. 1679, z 2004 r. Nr 240, poz. 2407 oraz z 2005 r. Nr 157, poz. 1314);

2) pomocy publicznej udzielonej na podstawie odrębnych przepisów.

Okoliczność bezsporną stanowi, że zamawiający takiej procedury nie wdrożył, czym, w opinii odwołującego, uchybił normom prawnym określonym w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza że potrzeba badania nie wynikała ze względów formalnych, a z istotnej różnicy pomiędzy ceną zaoferowaną przez K+S Polska Sp. z o.o. a pozostałymi wykonawcami i szacunkową wartością zamówienia, która została w tym przypadku ustalona z należytą starannością.

Jak zauważył odwołujący, w orzecznictwie utrwalony jest pogląd, iż podstawą oceny dokonywanej w przedmiocie rażąco niskiej ceny są wyjaśnienia złożone przez wykonawcę. W przedmiotowej sprawie takich wyjaśnień brak, stąd odwołujący postanowił uzasadnić swoje stanowisko, iż cena zaoferowana przez K+S Polska Sp. z o.o. w postępowaniu jest ceną rażąco niską, na podstawie własnych doświadczeń rynkowych. Odwołujący wyjaśnił, że sporządził ofertę uwzględniając okoliczności, iż samodzielnie wydobywa i produkuje sól drogową, nie pokrywa zatem zysku producenta soli, jak to ma miejsce w przypadku firmy pośredniczącej, jaką jest wykonawca K+S Polska Sp. z o.o. Odległość, a zatem i koszt transportu, do miejsc wskazanych przez zamawiającego jest również dla odwołującego istotnie krótsza niż z kopalni niemieckich, z których pochodzi materiał dostarczany przez K+S Polska Sp. z o.o. (oczywiście przed dodatkiem antyzbrylacza). Sam koszt transportu 1 Mg na 1 km wg to aktualnie ok. 0,20 zł, co przy różnicy odległości transportu pomiędzy źródłem pochodzenia produktu odwołującego i K+S Polska Sp. z o.o. rzędu co najmniej 500 km czyni już kwotę ok. 100 zł/Mg.

Odwołujący zauważył, że ceny zawarte w ofertach złożonych w konkretnym postępowaniu powinny odzwierciedlać rzeczywisty poziom cen rynkowych dla konkretnego zamówienia, kalkulowanych w tym samym czasie, a więc w konkretnych warunkach gospodarczych, gdy na kalkulacje ofert mają wpływ zarówno te same uwarunkowania gospodarcze dla danego rynku, ale również kondycja poszczególnych przedsiębiorców w danych warunkach rynkowych.

W ocenie odwołującego, podanie przez K+S Polska Sp. z o.o. ceny za przedmiotową dostawę tak dalece odbiegającej od ceny podanej przez pozostałych wykonawców uczestniczących w postępowaniu budzi poważne wątpliwości i dowodzi, że nierealne jest osiągnięcie przy tak skalkulowanej cenie jakiegokolwiek zysku, zaoferowana cena odbiega bowiem istotnie od wartości rynkowej i jest ceną nierealną, jest zaniżona w stosunku do przedmiotu zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu są wykonawcami mającymi ugruntowaną pozycję na rynku, w tym duże doświadczenie, a odwołujący dodatkowo posiada zasoby własne niezbędne do realizacji tak skomplikowanego przedsięwzięcia, jakim jest dostawa będąca przedmiotem zamówienia w postępowaniu. W konsekwencji, zdaniem odwołującego, podana w ofercie przez K+S Polska Sp. z o.o. cena jest ceną rażąco niską w stosunku do wartości przedmiotu zamówienia, zamawiający powinien był zatem wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, czego zaniechał. W ocenie odwołującego, zamawiający powinien również tę ofertę odrzucić jako rażąco niską.

Odwołujący stwierdził, że powyższe naruszenie przepisów ustawy Pzp mogło mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem wezwanie do złożenia wyjaśnień rodzi po stronie wykonawcy obowiązek wykazania, że cena jego oferty nie jest rażąco niska (art. 90 ust. 2 ustawy Pzp), a w dalszej kolejności może skutkować odrzuceniem oferty takiego wykonawcy (art. 90 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt 4 i pkt 3 ustawy Pzp).

III. Naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia K+S Polska Sp. z o.o. z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wobec niezłożenia żądanego przez zamawiającego dokumentu zawierającego wykaz dostaw w zakresie potwierdzającym spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nieudowodnienia zamawiającemu, że K+S Polska Sp. z o.o. będzie tymi zasobami dysponował w trakcie realizacji zamówienia, zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wobec zaniechania wezwania K+S Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dowodów, że wykonawca ten będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności wskazania sposobu wykorzystania zasobów tych podmiotów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z tymi podmiotami oraz ewentualnego zakresu i okresu udziału tych podmiotów w wykonaniu zamówienia, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty K+S Polska Sp. z o.o. jako wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania

Odwołujący podniósł, że wszystkie zarzuty dotyczą czynności, które powinny zostać konwalidowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy oferta nie podlega odrzuceniu. Odwołujący kategorycznie stwierdził, że oferta K+S Polska Sp. z o.o. podlega odrzuceniu, niemniej z ostrożności procesowej podniósł zarzuty dotyczące wadliwości oferty w zakresie podlegającym uzupełnieniu na zasadach opisanych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w 2.4 Instrukcji dla wykonawców skonkretyzował opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków uczestnictwa w postępowaniu. W pkt. 10 SIWZ na potwierdzenie przywołanego wyżej wymagania zamawiający zażądał przedstawienia wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości przedmiotu, dat wykonania i przedmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów potwierdzających, że dostawy te zostały wykonane należycie. Zamawiający jednocześnie zaproponował Załącznik nr 4, w którym już prawidłowo wskazał zakres żądanych informacji.

Jednocześnie zamawiający zamieścił w SIWZ postanowienie, iż „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach 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 ze wskazaniem zakresu dostępnych wykonawcy zasobów tych podmiotów, sposobu wykorzystania zasobów tych podmiotów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z tymi podmiotami oraz ewentualnego zakresu i okresu udziału tych podmiotów w wykonaniu zamówienia.”. Zamawiający zamieścił również wzór takiego zobowiązania podmiotu trzeciego w postaci Załącznika nr 11 do oferty.

Zdaniem odwołującego, nie ulega wątpliwości, że K+S Polska Sp. z o.o. nie przedstawiła wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. W miejsce wypełnienia Załącznika nr 4, a więc określenia zamówienia, nazwy, adresu i telefonu zleceniodawcy, daty rozpoczęcia i zakończenia dostaw, wartości zrealizowanych zamówień brutto, K+S Polska Sp. z o.o. zamieściła jedynie adnotację o treści: „W tym zakresie powołujemy się na zasoby firmy Deutscher Straßer

Dienst GmbH z siedzibą w: 30159 Hannover Landschaftstraße (Niemcy) celem polegania na wiedzy i doświadczeniu tej firmy - patrz załączona dokumentacja tzn. dostawy do:

- 1) Landenbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig - Holstein o/Flensburg (Niemcy)
- 2) Landesstraßenbaubehörde Sachsen - Anhalt Magdeburg (Niemcy)
- 3) Landesbetrieb Straßenbau Nordheim - Westfalen Gelsenkirchen (Niemcy)”.

Odwołujący z całą stanowczością stwierdził, iż żądany wykaz nie został zamieszczony w ofercie. Wykonawca K+S Polska Sp. z o.o. nie zamieścił jakichkolwiek informacji w zakresie nazw, adresu i telefonu zleceniodawcy, daty rozpoczęcia i zakończenia dostaw, wartości zrealizowanych zamówień brutto. Takiego wykazu nie zastępowało również zobowiązanie podmiotu trzeciego.

W opinii odwołującego, zamawiający, pomimo że był związany treścią sporządzonej przez siebie SIWZ, nie zweryfikował prawidłowo dokumentów w tym zakresie i nie wezwał K+S Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu, do czego był zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał również, że w ofercie K+S Polska Sp. z o.o. znalazł się dokument zatytułowany „Oświadczenie” sporządzony przez Deutscher Straßen-Dienst GmbH, w którym podmiot ten „udostępnia Wykonawcy swoje zasoby w postaci doświadczenia i wiedzy w realizacji zamówienia na dostawy stanowiącego przedmiot Zamówienia na cały okres realizacji Zamówienia, w tym udostępnia swoje zasoby w postaci doświadczenia i wiedzy w oparciu o wykonane w ciągu ostatnim zakresie, a mianowicie w ciągu ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, 3 dostawy soli drogowej o wartości nie mniejszej niż 4.000.000,00 zł brutto każda. Szczegółowe zasady współpracy pomiędzy Wykonawcą, a Deutscher Straßen-Dienst GmbH zostaną uregulowane po zawarciu umowy z Zamawiającym. Wobec powyższego Deutscher Straßen- Dienst GmbH udostępnia Wykonawcy referencje na dostawę soli drogowej do zwalczania śliskości na drogach w postaci referencji wystawionych przez:

- Landesbetrieb Straßenbau Nordheim - Westfalen
- Landesbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig - Holstein Flensburg
- Landesstraßenbaubehörde Sachsen - Anhalt Magdeburg

dotyczących należytego wykonania dostaw soli drogowej celem ich przedłożenia Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie Zamówienia. Potwierdzamy, że ww dostawy zostały wykonane należycie”.

W ocenie odwołującego, dokument ten ma charakter jedynie pozornego, a nie faktycznego użyczenia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia wymaganego w postępowaniu.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust. 1 pkt. 3 i § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Odwołujący wskazał również, że pismem z dnia 2 października 2015 r. zamawiający wezwał K+S Polska Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów podmiotowych - treści referencji, a więc innych dokumentów, niż kwestionowane przez odwołującego w odwołaniu. Odwołujący podkreślił, że K+S Polska Sp. z o.o. nie złożyła wymaganego wykazu dostaw ani też realnego zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia wymaganej wiedzy i doświadczenia. Odwołujący zauważył, że zamawiający ma obowiązek weryfikacji treści dokumentów przez siebie wymaganych i złożonych przez wykonawców. Zdaniem odwołującego, w przedmiotowej sprawie zamawiający takiej oceny dokonał uchybiając należytej staranności, nie dokonując oceny dokumentów złożonych przez K+S Polska Sp. z o.o., tj. wykazu dostaw.

Odnosząc się do zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego przez K+S Polska Sp. z o.o. odwołujący podniósł, że z jego treści nie sposób wywieść, że w tym przypadku będziemy mieć do czynienia z rzeczywistym, a nie pozornym uczestnictwem Deutscher Straßen-Dienst GmbH w realizacji zamówienia. Zdaniem odwołującego, o powyższym przesądza jednoznacznie stwierdzenie, że „Deutscher Straßen-Dienst GmbH udostępnia Wykonawcy referencje na dostawę soli drogowej do zwalczania śliskości na drogach w postaci referencji wystawionych przez:

- Londesbetrieb Straßenbau Nordrhein - Westfalen
- Londesbetrieb Straßenbau und Verkehr Schleswig - Holstein Flensburg
- Landesstraßenbaubehörde Sachsen - Anhalt Magdeburg

dotyczących należytego wykonania dostaw soli drogowej celem ich przedłożenia Zamawiającemu w postępowaniu o udzielenie Zamówienia”. Odwołujący wskazał, że utrwalona linia orzecznicza jednoznacznie wskazuje, że użyczenie referencji nie ma charakteru rzeczywistego udostępnienia wiedzy i doświadczenia, co potwierdza wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 kwietnia 2015 r., sygn. akt. 656/16, z którym odwołujący w pełni się zgodził.

Odwołujący stwierdził, że K+S Polska Sp. z o.o. w postępowaniu nie wykazał w sposób wystarczający, iż zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia udostępniane przez podmiot trzeci będą wykorzystywane w sposób realny przy wykonywaniu zamówienia i że zostały one udostępnione na dzień składania ofert. Jak zauważył odwołujący, przedstawione oświadczenie podmiotu trzeciego nie może być uznane za rzeczywiste udostępnienie wiedzy i doświadczenia, stąd zamawiający był zobowiązany do wystąpienia o jego uzupełnienie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Obowiązku temu zamawiający uchybił, w konsekwencji dążąc do powierzenia realizacji zamówienia wykonawcy nie posiadającemu wymaganej przez zamawiającego w SIWZ wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zaznaczył, że zarzut niespełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia stanowi samodzielną podstawę do wykluczenia K+S Polska Sp. z o.o. z postępowania i odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę.

Ponadto odwołujący stwierdził, że wszystkie działania i zaniechania zamawiającego stanowią równocześnie naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Tak przeprowadzone postępowanie powoduje naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a ponadto skutkuje ryzykiem udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami, co jest zakazane zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący argumentował, że fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasada uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Jak wskazał odwołujący, z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ma obowiązek równego traktowania wykonawców. Ponadto, zamawiający nie może dokonać wyboru oferty jako najkorzystniejszej, jeżeli ta oferta podlega odrzuceniu na podstawie regulacji zawartych w art. 89 ustawy Pzp. Tym samym, nie można udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który złożył ofertę podlegającą odrzuceniu z powodu sprzeczności jej treści z treścią SIWZ, rażąco niskiej ceny czy też podlegającej odrzuceniu w związku z wykluczeniem na skutek niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego, z przedstawionego stanu faktycznego jednoznacznie wynika, że zamawiający nie traktował równo wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Przede wszystkim, zamawiający dokonał wyboru oferty K+S Polska Sp. z o.o., pomimo iż treść oferty zawierała nieusuwalną sprzeczność z treścią SIWZ. Co więcej, zamawiający powinien powziąć wątpliwości co do wysokości ceny podanej przez K+S Polska Sp. z o.o., a weryfikacja dokumentów podmiotowych powinna skutkować wezwaniem K+S Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu zrealizowanych dostaw i zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia

wobec nieudokumentowania warunków udziału w postępowaniu, co w wyniku nieuzupełnienia żądanych dokumentów nakładało na zamawiającego obowiązek wykluczenia K+S Polska Sp. z o.o. z przedmiotowego postępowania i odrzucenia oferty, czego również nie uczynił. Konkludując, odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dokonał oceny ofert w sposób niezgodny z postanowieniami SIWZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez K+S Polska Sp. z o.o.;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty K+S Polska Sp. z o.o. oraz w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Z ostrożności procesowej, w sytuacji gdyby Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła zarzutów odwołującego dotyczących nieusuwalnej sprzeczności treści oferty K+S Polska Sp. z o.o. z treścią SIWZ, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez K+S Polska Sp. z o.o.;
- wezwania K+S Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a jeżeli K+S Polska Sp. z o.o. będzie się powoływała w tym zakresie na zasoby podmiotów trzecich, to do uzupełnienia dowodów, że udostępnienie tych zasobów nie będzie miało charakteru pozornego;
- wezwania K+S Polska Sp. z o.o. do wyjaśnienia czy cena oferty K+S Polska nie jest rażąco niska;
- dokonania ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem zbadania wyjaśnień i dowodów przedłożonych przez K+S Polska Sp. z o.o. na skutek działań, o których mowa powyżej;
- wybór oferty najkorzystniejszej.

Na rozprawie strony podtrzymały dotychczas prezentowane stanowiska.

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

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

Izba ustaliła, że rozpoznawane przez Izbę odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało wszczęte po dniu 19 października 2014 r., tj. po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2014 r. poz. 1232). Uwzględniając dyspozycję art. 3 wskazanej ustawy, Izba rozpoznała niniejsze odwołanie w oparciu o przepisy ustawy Pzp w brzmieniu obowiązującym aktualnie.

Rozpoznając zarzut dotyczący niezgodności oferty K+S Polska Sp. z o.o. z treścią SIWZ Izba stwierdziła, iż z treści SIWZ nie wynika wymóg złożenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających parametry soli. Dokumenty tego rodzaju nie zostały wskazane przez zamawiającego w szczególności w części I pkt 3.12. SIWZ, zgodnie z którym na treść oferty składają się formularz oferty, oświadczenia i dokumenty, o których mowa w pkt 10 SIWZ, oraz pełnomocnictwo udzielone osobom podpisującym ofertę, jak też w części I pkt 10 SIWZ, gdzie zamawiający wymienił oświadczenia i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zostały też wymienione jako załączniki do oferty wskazane w formularzu ofertowym (część II SIWZ).

W części III SIWZ Opis przedmiotu zamówienia w pkt 2 zamawiający postawił wymaganie, że sól drogowa musi odpowiadać wymaganiom higienicznym (posiadać atest higieniczny wydany przez Państwowy Zakład Higieny) oraz posiadać dopuszczenie lub inny dokument wskazujący możliwość stosowania (atest, aktualne świadectwo dopuszczenia) na drogach na terenie kraju, opinię IBDiM. W pkt 3 części III SIWZ zamawiający stwierdził, że „Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć Zamawiającemu Kartę charakterystyki materiału”. Zarówno miejsce zlokalizowania ww. postanowień, tj. w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, jak też ich treść w żaden sposób nie wskazują na wymóg złożenia przez

wykonawcę wraz z ofertą dokumentów potwierdzających wymagane przez zamawiającego właściwości soli.

Izba stwierdziła jednak, że zamawiający zobowiązany jest do zapoznania się z pełną treścią złożonych przez wykonawcę dokumentów. Tym samym, pomimo braku wymagania złożenia wskazanych powyżej dokumentów, w sytuacji, gdy wykonawca dokumenty opisujące parametry przedmiotu zamówienia dołączy do oferty, a z ich treści wynika, iż oferowana sól nie spełnia postawionych przez zamawiającego wymagań, zamawiający zobowiązany jest podjąć niezbędne działania w postaci wyjaśnienia treści oferty, bądź jej odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ.

Izba dokonała analizy oferty złożonej przez K+S Polska Sp. z o.o. pod kątem zasadności zarzutu niezgodności oferty z treścią SIWZ w zakresie zawartości podziarna w soli o granulacji 3,2-0,2 mm, tj. z pkt 2 ppkt 1) lit. b) części III SIWZ. Izba uwzględniła argumentację podaną przez K+S Polska Sp. z o.o., iż złożone wraz z ofertą dokumenty w postaci Atestu Higienicznego Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny oraz Opinii technicznej Instytutu Badawczego Dróg i Mostów obejmowały dwa rodzaje soli o różnej granulacji, co nie oznacza, iż wykonawca ten zaoferował dwa produkty, bądź produkt niezgodny z treścią SIWZ. Jak wyjaśniła K+S Polska Sp. z o.o., niemożliwe było zdekompletowanie ww. dokumentów w ten sposób, aby na potrzeby przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedłożyć karty dotyczące tylko jednego produktu. Izba uznała, że dokumenty te należy czytać w ten sposób, iż wykonawca oferuje sól o parametrach zgodnych z wymaganiami zamawiającego, tj. sól o granulacji 5,0-0,2 mm. Należy bowiem przyjąć założenie, że celem wykonawcy jest złożenie oferty zgodnej z wymaganiami SIWZ. Wobec powyższego, za zgodne z treścią SIWZ Izba uznała zaoferowanie przez K+S Polska Sp. z o.o. soli o granulacji 5,0-0,2 mm o zawartości podziarna poniżej 1 mm 2,8%.

Odwołujący postawił również zarzut niezgodności oferty K+S Polska Sp. z o.o. z treścią SIWZ w zakresie zawartości antyzbrylacza, tj. pkt 2 ppkt 6) części III SIWZ. Izba nie dopatrzyła się takiej niezgodności. Izba za zasadną uznała argumentację K+S Polska Sp. z o.o., iż sporny wymóg SIWZ należy poddać interpretacji, jako że przyjęcie, iż zamawiający wymaga dostarczenia soli o zawartości równej podanej w SIWZ bez jakiegokolwiek tolerancji powodowałoby sytuację, że wręcz niemożliwe byłoby zaoferowanie i dostarczenie przedmiotu zamówienia zgodnego z SIWZ. Niecelowe wydaje się być też uznanie, że wartość 20 mg/kg jest wartością maksymalną, jako że oznaczałoby to konieczność uznania za zgodną z SIWZ sól pozbawioną antyzbrylacza, co mogłoby skutkować utrudnieniami w jej zastosowaniu na drogach. W konsekwencji, należy uznać, że

wymóg dostarczenia soli o zawartości antyzbrylacza na poziomie 20 mg/kg stanowi wartość minimalną. Powszechność opisywania takiego parametru potwierdzają wyciągi ze specyfikacji opracowanych w innych postępowaniach złożone przez K+S Polska Sp. z o.o. wraz z pismem z dnia 4 listopada 2015 r. Zasadność przyjęcia takiej interpretacji przedmiotowego wymogu potwierdza oferta złożona przez odwołującego, który zaoferował sól o zawartości antyzbrylacza min. 20 mg/kg. Wobec powyższego, Izba uznała, że w tym zakresie oferta K+S Polska Sp. z o.o. wskazująca na zaoferowanie soli o zawartości antyzbrylacza wynoszącej 70-100 mg/kg jest zgodna z treścią SIWZ.

Izba za zasadny uznała zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania K+S Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu nadanym mu nowelizacją ustawy Pzp ustawą z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 1232), jeżeli cena oferty wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi uzasadnione wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Przywołany przepis zakłada zatem możliwość powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co do tego, czy zaoferowana przez wykonawcę cena daje szansę na prawidłowe wykonanie zamówienia. Ustawodawca dał jednoznaczne wytyczne, kiedy z całą pewnością zamawiający zobowiązany jest wystąpić o wyjaśnienia do wykonawcy, tj. w sytuacji, gdy w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zaistnieje jedna z dwóch wymienionych w tym przepisie okoliczności - oferta jest niższa o 30% od wartości szacunkowej zamówienia lub niższa o 30% od średniej arytmetycznej cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu.

Izba ustaliła, że szacunkowa wartość zamówienia ustalona przez zamawiającego powiększona o VAT to kwota 6 436 840,92 zł, a średnia cen wszystkich ofert złożonych w postępowaniu to 4 937 898,96 zł. W przedmiotowej sprawie zaistniała zatem jedna ze wskazanych powyżej okoliczności, a mianowicie oferta K+S Polska Sp. z o.o. (4 495 305,60 zł) była niższa o 30,16% od wartości zamówienia. Izba podzieliła przy tym stanowisko wytyczone orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej (np. wyrok KIO z dnia 9 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 165/15, wyrok KIO z dnia 6 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 148/15, wyrok KIO z dnia 18 marca 2015 r., sygn. akt KIO 439/15, wyrok KIO z dnia 27 marca 2015 r., sygn. akt KIO 500/15), iż pomimo braku jednoznacznego wskazania w art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, że do wartości zamówienia należy dodać kwotę podatku,

badaniu należy poddać cenę brutto oferty odnoszoną do szacowanego przez zamawiającego wynagrodzenia wykonawcy obejmującego taki podatek. Inne rozumienie tego przepisu zakładałoby nieracjonalność ustawodawcy i prowadziłoby do porównywania rzeczy nieporównywalnych, a tym samym, do błędnych wniosków. W przedmiotowej sprawie przeprowadzone właściwie porównanie zaoferowanej przez K+S Polska Sp. z o.o. ceny brutto z wartością zamówienia powiększoną o wartość VAT prowadzi do wniosku, iż zamawiający zobowiązany był wezwać K+S Polska Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień.

Izba nie wzięła pod uwagę argumentów przedstawionych w tym względzie przez K+S Polska Sp. z o.o. w piśmie z dnia 4 listopada 2015 r., jako że wykonawca zobowiązany jest przedstawić wyjaśnienia w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny zamawiającemu na wezwanie dokonane w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp i to prawidłowość oceny treści tych wyjaśnień przez zamawiającego może stać się podstawą analizy przez Izbę. Izba nie wzięła też pod uwagę złożonej przez odwołującego kalkulacji własnej, ponieważ jedynie wykonawca składający ofertę posiada wiedzę o kosztach, jakie poniesie w związku z realizacją zamówienia, w tym np. o przyznanych mu rabatach, stąd kalkulowanie takich kosztów przez innego wykonawcę nie może stanowić wiarygodnego dowodu.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień w zakresie elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny jest pierwotną czynnością wobec odrzucenia oferty z uwagi na zaoferowanie rażąco niskiej ceny, zatem na tym etapie postępowania zarzut zaniechania odrzucenia oferty K+S Polska Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za niezasadny.

Rozpoznając zarzut nie wykazania przez K+S Polska Sp. z o.o. spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Izba zgodziła się z odwołującym, iż nie bez przyczyny ustawodawca rozróżnił w § 1 ust. 1 pkt 3) rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane dokument wykazu dostaw stanowiący oświadczenie wykonawcy od dowodów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia wystawianych przez niezależne podmioty.

Izba ustaliła, że K+S Polska Sp. z o.o. złożyła Załącznik nr 4 do oferty (strona 12 oferty) wskazując na informacje zawarte w załączonych do wykazu dokumentach. Tym samym, należy uznać, że celem wykonawcy było złożenie oświadczenia zgodnego z informacjami podanymi w dołączonych do wykazu dokumentach. Izba stwierdziła, że referencje przekazane przez K+S Polska Sp. z o.o. wraz z pismem z dnia 6 października 2015 r. na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, na które wykonawca ten wskazał w treści Załącznika nr 4 do oferty, zawierają wszystkie informacje wymagane przez

zamawiającego. Wobec powyższego, z uwagi na powołanie się przez K+S Polska Sp. z o.o. w treści Załącznika nr 4 do oferty na informacje podane w innych dokumentach, brak jest podstaw do uznania, że wykaz dostaw nie został złożony.

Za zasadny Izba uznała zarzut dotyczący treści złożonego przez K+S Polska Sp. z o.o. zobowiązania podmiotu trzeciego. Izba stwierdziła, że przepisy art. 26 ust 2b ustawy Pzp oraz § 1 ust. 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wyraźnie wskazują, że wykonawca powinien wykazać zamawiającemu, że będzie w stanie dysponować w trakcie realizacji zamówienia udostępnianym mu potencjałem w sposób realny. Nie może to być zatem tylko pozorne udostępnienie wykonawcy w trakcie prowadzenia procedury udzielenia zamówienia publicznego określonych dokumentów. Jednocześnie, w przedmiotowym postępowaniu zamawiający w SIWZ wymagał, aby w sytuacji polegania na zasobach podmiotu trzeciego wykonawca udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu ze wskazaniem zakresu dostępnych wykonawcy zasobów, sposobu wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z tym podmiotem oraz ewentualnego zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia (pkt 10 ppkt 11 SIWZ).

Bez wątpienia, oświadczenie podmiotu trzeciego złożone wraz z ofertą (strona 13, 14 oferty) nie zawiera wymaganych przez zamawiającego elementów, tj. sposobu wykorzystania zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z tym podmiotem, jak też zakresu i okresu udziału podmiotu trzeciego w wykonywaniu zamówienia. Brak tych elementów nie może być konwalidowany przez złożone na formularzu ofertowym oświadczenie o udziale podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy. Oświadczenie to zostało złożone przez wykonawcę, nie podmiot trzeci i nie może być uznane za dowód na okoliczność dysponowania zasobami. Wobec powyższego, w tym zakresie za niezbędne Izba uznała wezwanie K+S Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dowodu w przedmiotowej sprawie nie może stanowić złożone przez K+S Polska Sp. z o.o. wraz z pismem z dnia 4 listopada 2015 r. porozumienie z dnia 4 sierpnia 2015 r. zawarte pomiędzy K+S Polska Sp. z o.o. a Deutscher Straßen-Dienst GmbH, jak też oświadczenie Deutscher Straßen-Dienst GmbH z dnia 3 listopada 2015 r., jako że Izba dokonuje oceny prawidłowości działań zamawiającego. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej tymi dokumentami nie dysponował. Co za tym idzie, ww. dokumenty

powinny zostać ewentualnie złożone zamawiającemu na wezwanie dokonane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Z uwagi na okoliczność, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest czynnością fakultatywną zamawiającego, a zatem wykonawca powinien mieć możliwość złożenia właściwych dokumentów, jako że dotąd nie był wzywany do uzupełnienia w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego, zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie znajduje podstaw.

Na skutek powyższego, naruszony zostały przez zamawiającego również art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba bez rozpoznania pozostawiła zarzut podniesiony przez odwołującego toku rozprawy, iż pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone przez K+S Polska Sp. z o.o. w ofercie nosi datę 26 sierpnia 2015 r. i odwołuje się do trzech listów referencyjnych, z których jeden jest datowany na dzień 31 sierpnia 2015 r., co w ocenie odwołującego świadczy o tym, że zobowiązanie podmiotu trzeciego jest pozorne i nieskuteczne. Zarzut ten nie został podniesiony w odwołaniu, a zatem wobec dyspozycji art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie może podlegać rozpoznaniu w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania. Za uzasadnione Izba uznała wnioskowane przez odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie złożonego rachunku.

Przewodniczący: