

Sygn. akt: KIO 2156/14

WYROK
z dnia 28 października 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2014 r. przez wykonawcę: **DC System „Company” Sp. z o.o. Sp.k. z Warszawy** w postępowaniu prowadzonym przez **Krakowskie Biuro Festiwalowe z Krakowa**

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża DC System „Company” Sp. z o.o. Sp.k. z Warszawy i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez DC System „Company” Sp. z o.o. Sp.k. z Warszawy tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od DC System „Company” Sp. z o.o. Sp.k. na rzecz Krakowskiego Biura Festiwalowego z Krakowa kwotę 254 zł 00 gr (słownie: dwieście pięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu pełnomocnika zamawiającego na posiedzenie i rozprawę.**

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na *Usługi sprzątania Centrum Kongresowego ICE Kraków od 1 października 2014 roku do grudnia 2015 roku* przez Krakowskie Biuro Festiwalowe (dalej „zamawiający”) wykonawca DC System COMPANY Sp. z o.o. Sp. Komandytowa (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 7 ust. 1, poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
2. art. 24 ust. 2 pkt 4, poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania, podczas gdy odwołujący spełnia warunki udziału,
3. art. 24 ust. 4, poprzez uznanie oferty odwołującego za odrzuconą, mimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania,
4. art. 91 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu,
5. art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez unieważnienie postępowania, mimo że w postępowaniu została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu, tj. oferta odwołującego.

Odwołujący zażądał:

1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
2. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
4. dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że:

- zamawiający wskazał, iż odwołujący na jego wezwanie nie przedstawił dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp w stosunku do innych podmiotów, zasobami których posłużył się odwołujący, wykazując spełnianie warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. Kooperacja Sp. z o.o., Kontrakt Serwis Sp. z o.o., Ankar Sp. z o.o., Hospital Serwis „Company” Sp. z o.o. S.k.,
- zamawiający uzasadnił, że w treści oferty odwołujący wymienił ww. podmioty jako przedsiębiorców, którzy będą uczestniczyć przy realizacji przedmiotowego

zamówienia jako podwykonawcy, co zdaniem zamawiającego potwierdzone zostało również oświadczeniami poszczególnych podmiotów,

- zamawiający nie zaakceptował złożonych przez odwołującego wyjaśnień, że przyjęty przez odwołującego sposób organizacji przedmiotowego zamówienia wyklucza udział w jego realizacji podmiotów innych niż Impel Cleaning sp. z o.o., w konsekwencji czego zamawiający unieważnił przedmiotowe postępowanie uznając, że w postępowaniu nie została złożona żadna oferta niepodlegająca wykluczeniu.

Odwołujący podniósł, że jego oświadczenie iż przedmiot zamówienia realizował będzie przy pomocy podwykonawców, na potencjał których powołał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu, na treść którego w zawiadomieniu o wykluczeniu powołuje się zamawiającego, nie stanowi deklaracji bezwarunkowego i pewnego udziału w realizacji zamówienia podmiotów takich jak: Kooperacja Sp. z o.o., Kontrakt Serwis Sp. z o.o., Ankar Sp. z o.o., Hospital Serwis „Company” Sp. z o.o. S.k., co – zdaniem odwołującego – oznacza, że brak jest podstaw zarówno faktycznych jak i prawnych do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Odwołujący stanął na stanowisku, że wbrew stanowisku zamawiającego z treści oświadczeń o udostępnieniu nie wynika, że którykolwiek z ww. podmiotów udostępniających będzie brał udział w realizacji zamówienia – na mocy tych oświadczeń podmioty udostępniające zobowiązane są do podjęcia określonych działań na polecenie odwołującego.

Wskazał, że w treści wyjaśnień z dnia 3 października 2014 r. oświadczył, że nie przewiduje udziału tychże podmiotów w realizacji zamówienia, co jest konsekwencją przyjętego przez odwołującego sposobu realizacji zamówienia.

Wyjaśnił, że ustalony i przyjęty przez odwołującego sposób organizacji przedmiotowego zamówienia jest taki, że będzie on realizował umowę przy pomocy osób wskazanych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą, a osoby te zakontraktowane zostaną przez odwołującego do wykonania przydzielonych im zadań zgodnie z zasadami obowiązującymi w prawie cywilnym (umowy zlecenia, umowy o dzieło).

Stwierdził, że z uwagi na okoliczność, że osoby te obecnie zatrudnione są przez ww. podmioty udostępniające, wymienione w oświadczeniu z pkt 5 oferty, to odwołujący porozumiał się z tymi podmiotami, a także z osobami przewidzianymi do realizacji zamówienia, że na okres wykonywania rzeczzonego zamówienia publicznego przez odwołującego na rzecz zamawiającego, osoby te otrzymają od swoich pracodawców (ww. podmioty udostępniające) urlopy bezpłatne.

Wskazał, że w związku z powyższym udział podmiotów wskazanych w pkt. 5 oferty innych niż Impel Cleaning Sp. z o.o. ogranicza się do udostępnienia potencjału kadrowego

odwołującemu w celu prawidłowego wykonania zamówienia publicznego.

Odwołujący na tej podstawie uznał, że skutkiem przyjętych rozwiązań ww. podmioty udostępniające de facto nie będą uczestniczyły w realizacji zamówienia, a zleceniodawcą dla osób niejako wypożyczonych ww. podmiotów będzie wyłącznie odwołujący.

Odwołujący zaznaczył, że przyjęty sposób organizacji sposobu wykonania zamówienia nie przewiduje powierzenia ww. podmiotom udostępniającym żadnych innych czynności lub też nie nakłada na nie żadnych obowiązków, a ogranicza się wyłącznie do udostępnienia potencjału kadrowego.

Odwołujący podniósł, że oświadczenie złożył w treści narzuconej wykonawcom zgodnie z warunkami SIWZ.

Wskazał, że ze względu na wynikające z przepisu art. 36b ust. 1 ustawy Pzp uprawnienie zamawiającego, aby żądać od wykonawców informacji o podwykonawcach na potencjał, których powołali się celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, informację taką podał, jednak stanął na stanowisku, że nadmierna i nieuzasadniona jest jednak interpretacja, że ww. podmioty mają zapewniony udział w realizacji zamówienia – podmioty udostępniające zostały przewidziane jako ewentualni podwykonawcy w realizacji zadania o przedmiotowe zamówienia publiczne, o ile ich udział w wykonaniu umowy okaże się konieczny.

Odwołujący oświadczył, że składając oświadczenie o przewidywanym udziale podwykonawców w realizacji zamówienia, z uwagi na treść oczekiwanego zgodnie z wymogami SIWZ oświadczenia z pkt 5 wzoru oferty, posługiwał się pojęciem podwykonawstwa w znaczeniu akceptowanym i ugruntowanym na gruncie prawa cywilnego, tj. przyjął, że oświadczenie to dotyczy wszelkich form uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji przedsięwzięcia i każdego podmiotu, który w jakikolwiek sposób użyczał swój potencjał odwołującemu. Oświadczył także, że w oświadczeniu tym wskazał również podmioty, których udział w realizacji przedmiotowego zamówienia na zasadach podwykonawstwa jest ewentualny, tj. uzależniony od bieżących potrzeb odwołującego lub stanie się konieczny w przypadku trudności w realizacji zamówienia. Oświadczył nadto, że w związku z powyższym wskazał w ww. oświadczeniu wszystkie podmioty, z którymi wiąże go umowy o współpracę.

Dodał, że w obawie przed odrzuceniem oferty jako sporządzonej niezgodnie z treścią SIWZ zdecydował się przedstawić najszerszą możliwą informację o podmiotach, które mogą być zaangażowane w sposób realizacji zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 23 października 2014 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie (pismo z dnia 27 października 2014 r.), a także stanowisk stron, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Na podstawie informacji o wynikach przedmiotowego postępowania z dnia 8 października 2014 r. skład orzekający Izby ustalił, iż oferta odwołującego była jedyną ofertą złożoną w tym postępowaniu.

Ponieważ zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do nakazania zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz ponowienia czynności badania i oceny oferty odwołującego, uznać należy, że uwzględnienie odwołania i w konsekwencji ponowienie czynności badania i oceny jedynej oferty – oferty odwołującego, dałoby odwołującemu szansę na uzyskanie tego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).
2. Oferta odwołującego.
3. Wezwanie odwołującego do złożenia dokumentów z dnia 30 września 2014 r.
4. Pismo odwołującego z dnia 3 października 2014 r. wraz z załącznikami.
5. Informacja o wynikach przedmiotowego postępowania (w tym unieważnienia postępowania) z dnia 8 października 2014 r.

Zarzut bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania, podczas gdy odwołujący spełnia warunki udziału, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

W pkt 5.1.4 SIWZ zamawiający opisał sposób oceny spełniania warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, tj. wskazał, że wykonawca dysponuje lub będzie dysponował na czas realizacji zamówienia zespołem liczącym co najmniej 24 osoby o opisanych przez zamawiającego kwalifikacjach. Zamawiający postanowił także, że w sytuacji gdy wykonawca polega na osobach zdolnych do wykonania zamówienia innych podmiotów, zgodnie z art. 26 ust 2 b ustawy Pzp, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków, jest zobowiązany 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.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza oferty – załącznik nr 8 do SIWZ pkt II ppkt 4 – zamawiający zażądał od wykonawcy wskazania części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom, zastrzegając, że oświadczenie w tym zakresie wykonawca składa, o ile dotyczy to danego wykonawcy. W pkt II ppkt 5 Formularza oferty zamawiający zażądał nadto od wykonawcy złożenia oświadczenia co do podmiotów, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a które to podmioty będą uczestniczyć przy realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawcy, ponownie zastrzegając, że oświadczenie w tym zakresie wykonawca składa, o ile dotyczy to danego wykonawcy.

W pkt II ppkt 4 oraz ppkt 5 Formularza oferty (str. 4 oferty) odwołujący oświadczył, że część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom to usługi porządkowe, a podmioty, na których zasoby powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, które będą uczestniczyły przy realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawcy to:

1. Kooperacja Sp. z o.o.,
2. Kontrakt Serwis Sp. z o.o.,
3. Ankar Sp. z o.o.,
4. Hospital Serwis „Company” Sp. z o.o. Sp.k.,

5. Impel Cleaning sp. z o. o.

W pkt. 6.1.11. SIWZ zamawiający zażądał – jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunku, o którym mowa w pkt. 5.1.4. SIWZ polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, aby wykonawca w odniesieniu do tych podmiotów przedstawił w ofercie dokumenty, o których mowa w pkt. 6.1.5.-6.1.10 SIWZ, tj. oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, aktualny odpis z właściwego rejestru lub CEDG, aktualne zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego, aktualne zaświadczenie właściwego oddziału ZUS lub KRUS, aktualna informacja z KRK w zakresie określonym w art. 1 pkt 4-8 oraz 10 i 11 ustawy Pzp, aktualna informacja z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp – łącznie sześć rodzajów dokumentów (každorazowo zamawiający wskazał maksymalny czas wystawienia dokumentu przed upływem składania ofert).

Odwołujący złożył wraz z ofertą zobowiązania wskazanych w pkt II.5 Formularza oferty podmiotów w zakresie udostępnienia potencjału osobowego, tj. Impel Cleaning Sp. z o.o. – str. 111, Kontrakt Serwis Sp. z o.o. – str. 122, Hospital Serwis „Company” Sp. z o.o. Sp.k. – str. 131, Ankar Sp. z o.o. – 148, Kooperacja Sp. z o.o. – 160.

W przypadku Impel Cleaning Sp. z o.o. podmiot ten złożył nadto zobowiązanie co do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. Wszystkie ww. zobowiązania zostały złożone wg wzoru opracowanego przez zamawiającego, stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ.

Każdy z ww. podmiotów złożył dodatkowo odrębne oświadczenie (zobowiązanie) z dnia 24 września 2014 r. uszczegóławiające zobowiązanie w przypadku uzyskania zamówienia przez odwołującego (str. 112-113, 123-124, 132-133, 145-146, 158-159).

Odwołujący przedstawił także w ofercie oświadczenie każdego z ww. podmiotów o braku podstaw do wykluczenia z postępowania złożone wg wzoru stanowiącego załącznikiem nr 2A do SIWZ oraz odpisy z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, tj. dwa z sześciu rodzajów dokumentów wskazanych w pkt. 6.1.5- 6.1.10 SIWZ, wymaganych przez zamawiającego w odniesieniu do podmiotów trzecich, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art 26 ust 2b ustawy Pzp, a które to podmioty będą brały udział w realizacji zamówienia.

Zgodnie z ww. zobowiązaniami z dnia 24 września 2014 roku, złożonymi przez osoby upoważnione do reprezentacji poszczególnych podmiotów, każdy z tych podmiotów zobowiązał się do oddania odwołującemu do dyspozycji zasobów niezbędnych do prawidłowej realizacji przedmiotowego zamówienia na okres korzystania z nich przy

wykonaniu zamówienia oraz do zagwarantowania rzeczywistego dostępu do tych zasobów. Zobowiązaniem objęto udostępnienie znajdujących się w dyspozycji danego podmiotu osób zdolnych do wykonania zamówienia (w przypadku Impel Cleaning Sp. z o.o. także posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego), poprzez wykonanie zleconych przez odwołującego czynności i zadań w ramach realizacji wskazanego zamówienia (tj. na „Usługi sprzątnięcia Centrum Kongresowego ICE Kraków od 1 października 2014 roku do 31 stycznia 2015 roku”), w tym w szczególności prac polegających na wykonywaniu usług porządkowo-czystościowych; czynny udział w realizacji zamówienia pozostających w dyspozycji podmiotu osób posiadających doświadczenie w realizacji zadań polegających na wykonywaniu usług porządkowo-czystościowych. W oświadczeniach zawarto nadto informację, iż współpraca przy realizacji przedmiotowego zamówienia zostanie zrealizowana w oparciu o postanowienia umowy cywilnoprawnej o współpracę – podwykonawstwo, zawartej w zgodzie z przepisami k.c. i ustawy Pzp.

Pismem z dnia 30 września 2014 r. zamawiający, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał *odwołującego do złożenia* m.in. dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotów trzecich, które będą uczestniczyć w realizacji zamówienia, na których zasoby powołał się w ofercie odwołujący.

Odwołujący, w piśmie z dnia 3 października 2014 r., stanowiącym odpowiedź na wezwanie zamawiającego oświadczył, że wskazane przez niego podmioty (poza Impel Cleaning Sp. z o.o.) *„zostały wskazane jako podmioty, z którymi DC System Company sp. z o.o. Spółka Komandytowa (dalej DC System) pozostaje w stałej współpracy handlowej. DC System w treści oferty jako podwykonawcę, w rozumieniu ustawy prawo zamówień publicznych, wskazał tylko Impel Cleaning sp. z o.o., gdyż z pozostałymi podmiotami wymienionymi w oświadczeniu w pkt 5 oferty, zawarł umowy o współpracę. Przyjęty (...) sposób organizacji przedmiotowego zamówienia wyklucza udział w jego realizacji podwykonawców innych niż Impel Cleaning sp. z o. o.”*

Odwołujący oświadczył także, że będzie realizował umowę *„przy pomocy osób wskazanych w wykazie osób złożonym wraz z ofertą. Osoby te zakontraktowane zostaną przez DC System do wykonania przydzielonych im zadań zgodnie z zasadami obowiązującymi w prawie cywilnym (umowy zlecenia, umowy o dzieło). (...) DC System „porozumiał się z ww. podmiotami, że na okres wykonywania pracy na rzecz DC System (...) osoby te otrzymają od swoich pracodawców (ww. przedsiębiorcy) urlopy bezpłatne. W związku z powyższym udział podmiotów wskazanych w pkt 5 oferty innych niż Impel Cleaning sp. z o.o. ogranicza się do udostępnienia potencjału kadrowego DC System w celu prawidłowego wykonania zamówienia publicznego na Państwa rzecz”*.

Odwołujący, składając powyższe oświadczenia uznał, że „skutkiem przyjętych przez nas rozwiązań ww. podmioty de facto nie będą uczestniczyły w realizacji zamówienia (...) przyjęty sposób organizacji sposobu wykonania zamówienia nie przewiduje powierzenia tymże podmiotom na dzień złożenia niniejszego pisma żadnych innych czynności lub też nie nakłada na nie żadnych obowiązków a ogranicza się wyłącznie do udostępnienia potencjału kadrowego”.

Do pisma z dnia 3 października 2014 r, odwołujący załączył 4 Umowy o współpracę z dnia 22 września 2014 r. zawarte pomiędzy odwołującym a Kooperacja Sp. z o.o. (1), Kontrakt Serwis Sp. z o.o. (2), Ankar Sp. z o.o. (3) oraz Hospital Serwis „Company” Sp. z o.o. Sp.k. (4).

W postanowieniach ww. umów, dotyczących wskazanego z nazwy przedmiotowego zamówienia publicznego wskazano m.in.:

- iż odwołujący (...) powierzy partnerowi w ramach zadania „Usługi sprzątania Centrum Kongresowego ICE Kraków od 1 października 2014 roku do 31 stycznia 2015 roku” wykonanie prac lub czynności pod warunkiem uzyskania zamówienia (§ 1 ust. 2),
- iż wykonanie wszystkich czynności wraz z dostarczeniem materiałów, jakie okażą się niezbędne dla osiągnięcia celu umowy podwykonawczej obciążają stronę zobowiązana do wykonania dzieła, zlecenia lub dostawy (§ 3 ust. 2),
- maksymalną wysokość wynagrodzenia (ryczałtowego), odsyłając w zakresie ustalenia ostatecznej wysokości wynagrodzenia do umów szczegółowych (§ 6 ust. 1).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Bez wątplenia w treści złożonej oferty (pkt II ppkt 5 Formularza oferty) odwołujący oświadczył, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołuje się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na zasoby 5 podmiotów, które uczestniczyć będą w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawcy. Tym samym odwołujący wskazał, w jaki sposób będzie realizował przedmiotowe zamówienie – nie samodzielnie, ale przy udziale 5 podwykonawców.

Bez wątplenia także w świetle złożonego w Formularzu oferty oświadczenia odwołującego, zobowiązań podmiotów trzecich oraz oświadczeń „szczegółowych” tych podmiotów zamawiający zasadnie uznał, że udostępnienie zasobów osobowych tych podmiotów jest realne, a wskazane podmioty będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia jako podwykonawcy. Podkreślenia wymaga, że treść oświadczenia odwołującego (pkt II ppkt 5 Formularza oferty) była spójna z treścią oświadczeń

„szczegółowych” 5 podmiotów, gdzie wskazano, iż współpraca przy realizacji przedmiotowego zamówienia zostanie zrealizowana w oparciu o postanowienia umów o podwykonawstwo zawartych pomiędzy tymi podmiotami a odwołującym.

Zgodnie z żądaniem zamawiającego odwołujący złożył wszystkie wymagane dokumenty podmiotowe w odniesieniu do podwykonawcy Impel Cleaning Sp. z o.o. oraz dwa z sześciu rodzajów dokumentów w odniesieniu do czterech pozostałych wskazanych podwykonawców.

Sytuacja, w której wykonawcy nie składają wszystkich żądanych przez zamawiającego dokumentów zdarza się w postępowaniach o zamówienie publiczne nader często. Negatywnym dla wykonawcom skutkiem takich sytuacji zapobiegać ma obowiązek zamawiającego, polegający na wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp).

Złożone przez odwołującego w pkt II ppkt 5 Formularza oferty jednoznaczne oświadczenie, a także złożone przez odwołującego wraz z ofertą dokumenty odnoszące się do wskazanych jako podwykonawcy podmiotów potwierdzały, że zamiarem odwołującego było wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zasobu osobowego w oparciu o potencjał tych podmiotów – podwykonawców.

Ustawa Prawo zamówień publicznych nie zawiera wprost definicji „podwykonawcy” toteż sięgnąć należy do rozumienia tego pojęcia na gruncie języka polskiego – „podwykonawca” zaś to „firma lub osoba wykonująca pracę na zlecenie głównego wykonawcy”, a nadto do definicji legalnej „umowy o podwykonawstwo” zawartej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp, w której mowa jest także o podwykonawcy – przez umowę o podwykonawstwo należy rozumieć „umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego, zawartą między wybranym przez zamawiającego wykonawcom a innym podmiotem (podwykonawcą), a w przypadku robót budowlanych także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami”.

Odwołujący jako profesjonalny uczestnik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wykonawca rynku zamówień publicznych nie mógł, składając oświadczenie nie uwzględniać wskazanego powyżej sposobu rozumienia „podwykonawcy”, tj. jako podmiotu, który wykonywać będzie na zlecenie wykonawcy część zamówienia publicznego.

Zawarte w odwołaniu stanowisko odwołującego sprowadzające się do tego, iż

złożone przez niego w pkt II ppkt 6 Formularza oferty oświadczenie dotyczy podwykonawstwa rozumianego jako „wszelkie formy uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji przedsięwzięcia i każdego podmiotu, który w jakikolwiek sposób używał swój potencjał odwołującemu” skład orzekający Izby uznał za element przyjętej przez odwołującego na potrzeby postępowania odwoławczego strategii. Treść oferty odwołującego nie dawała zamawiającemu żadnych podstaw do uznania, że rola Impel Cleaning Sp. z o.o. jako podwykonawcy jest inna niż pozostałych czterech wskazanych podwykonawców.

Skład orzekający Izby, wobec wyraźnego zastrzeżenia przez zamawiającego, że oświadczenie, o którym mowa w pkt II ppkt 5 Formularza oferty składają jedynie wykonawcy, których dana sytuacja dotyczy (którzy powołują się na zasoby podmiotu trzeciego – podwykonawcy) za nieuzasadnione uznał także stanowisko odwołującego jakoby złożone przez niego oświadczenie (wskazanie podmiotów) było podyktowane narzuconą przez zamawiającego treścią wzoru Formularza oferty i obawą przed odrzuceniem oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ. Trafnie także zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, powoływał się na art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wskazanie podwykonawców będących podmiotami trzecimi udostępniającymi zasoby zgodnie z art. 26 ust 2b ustawy Pzp dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie składu orzekającego Izby wyjaśnienia odwołującego złożone w odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów (nie zaś wezwania do wyjaśnień – treść oferty odwołującego jest bowiem co do kręgu podwykonawców jasna i nie wymagała zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) zmierzały w istocie do niedopuszczalnej po terminie składania ofert zmiany treści oferty odwołującego w zakresie wskazanego kręgu podwykonawców, na potencjał których odwołujący powołał się w celu wykazania spełniania warunku co do zasobu osobowego. Akceptacja takiej zmiany prowadziłaby do realizacji umowy niezgodnie z treścią złożonej oferty.

Wobec jednoznacznego oświadczenia złożonego przez odwołującego w pkt II ppkt 5 Formularza oferty oraz wobec zaniechania uzupełnienia – na wezwanie zamawiającego z dnia 30 września 2014 r. dokumentów podmiotowych odnoszących się do 4 wskazanych w tym Formularzu podwykonawców, co warunkowało możliwość powołania się przez odwołującego na zasoby tych podmiotów uznać należy, że odwołujący nie wykazał w sposób opisany przez zamawiającego w pkt. 6.1.11 dysponowania zasobami osobowymi tych podmiotów – podwykonawców, co obligowało zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił umów o współpracy – zasady szczegółowe, złożonych przez odwołującego na rozprawie, ponieważ nie dysponował nimi zamawiający, badając ofertę odwołującego, a skład orzekający Izby rozstrzyga co do zgodności podjętych przez zamawiającego czynności z ustawą Pzp (czynności podjętych w oparciu o zestaw dokumentów, którymi w momencie badania zamawiający dysponował).

Z powyższych względów skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Zarzuty: uznania oferty odwołującego za odrzuconą, mimo że odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp zaniechania wyboru oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, unieważnienia postępowania, mimo że w postępowaniu została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu złożona przez wykonawcę niepodlegającego wykluczeniu, tj. oferta odwołującego, czym zamawiający naruszył przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp oraz prowadzenia postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdziły się.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp uznać także należy, że czynność zamawiającego polegająca na uznaniu oferty odwołującego za odrzuconą z powołaniem się na przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp była prawidłowa. W dalszej kolejności uznać należy, że brak jakiegokolwiek niepodlegającej odrzuceniu oferty obligował zamawiającego do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W tym stanie rzeczy skład orzekający Izby nie znalazł również podstaw do przypisania zamawiającemu naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec tego, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania skład orzekający Izby oddalił odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a) oraz pkt 2 lit. a) 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: