

Sygn. akt: KIO 1928/13

WYROK

z dnia 28 sierpnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Aneta Mlącka**
Andrzej Niwicki
Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: **Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 sierpnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 sierpnia 2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Marii Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Konin, Urząd Miejski, Plac Wolności 1, 62-500 Konin,**

przy udziale wykonawcy **Sita Zachód Sp. z o.o., ul. Jerzmanowska 13, 54-530 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Marii Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o., ul. Marii Dąbrowskiej 8, 62-500 Konin** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający Miasto Konin prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z Terenu Miasta Konina - Sektor IF.

Odwołujący Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. złożył odwołanie od czynności Zamawiającego dotyczącej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej. Zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 91 PZP oraz art. 7 ust. 3 PZP poprzez dokonanie w sektorze II wyboru oferty SITA Zachód Sp. z o.o., która to oferta powinna zostać odrzucona, naruszenie art. 91 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w sektorze II, naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty SITA Zachód Sp. z o.o. pomimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, naruszenie art. 22 i nast. PZP poprzez dowolne przyjęcie jakoby SITA Zachód Sp. z o.o. potwierdziła spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia. Wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego - oceny i wyboru jako najkorzystniejszej w sektorze II oferty Firmy SITA Zachód Sp. z o.o., nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej oceny i wyboru ofert w sektorze II, w tym odrzucenia oferty SITA zachód Sp. z o.o., zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

Postępowanie prowadzone jest w dwóch sektorach oznaczonych cyframi I i II. Zamawiający wybrał w sektorze II jako najkorzystniejszą ofertę firmy SITA Zachód Sp. z o.o.

I. Zamawiający zawarł w punkcie 14.13 na str. 20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujący wymóg: Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie, części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom (Załącznik Nr 8). W załączniku nr 8 do specyfikacji (str. 45) użyto następujących sformułowań: Informacja o części zamówienia której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcy.

W tabeli Zakres usług rzeczowych Zamawiający pozostawił miejsce do wypełnienia dla wykonawców poprzez wpisanie zakresu. Wykonawca SITA Zachód sp. z o.o. wypełnił tabelę w następujący sposób: „Dopuszcza możliwość zlecenia podwykonawcy nawet pełnego zakresu przedmiotu zamówienia”. W ocenie Odwołującego takie zdanie nie wypełnia nakazu:

„wskazania przez wykonawcą części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom”. Odwołujący wskazał, że możliwe będzie powierzenie podwykonawcom zarówno całego zakresu zamówienia, jak i jego dowolnej części lub też realizacja całego zamówienia własnymi siłami. Dodatkowo może to zmieniać się w trakcie wykonywania umowy. W tej sytuacji Zamawiający nie ma żadnej wiedzy, czy zamówienie będzie realizowane przez wybranego Wykonawcę, czy też przez inną firmę oraz w jakim zakresie.

Artykuł 36 ust. 4 PZP ma charakter szczególny albowiem ustawodawca nie pozostawił zamawiającym żadnej alternatywy. Użycie słowa „żąda” wskazuje na bezwzględny wymóg stosowania tego przepisu przez każdego zamawiającego. Jeżeli nakaz ten nie ma być martwy, to w ślad za nim musi iść wykonanie przez oferentów odpowiedniego zapisu w specyfikacji.

Zdaniem Odwołującego nie można uznać, iż oświadczenie o podwykonawcach jest oświadczeniem wiedzy a nie oświadczeniem woli. Oświadczenia wiedzy odnoszą się bowiem do zdarzeń przeszłych lub przyszłych pewnych. Natomiast oświadczenie dotyczące podwykonawców jest w istocie deklaracją co prawnym i faktycznym zamiarom wykonawcy. Jest to więc ewidentnie oświadczenie woli.

Odwołujący podkreślił, że z § 6 ust. 1 wzoru umowy, jaka zostanie podpisana pomiędzy Zamawiającym a wybranym wykonawcą wynika, że Wykonawca może powierzyć, zgodnie z ofertą wykonanie części zamówienia podwykonawcom. Wnioskując a contrario: wykonawca nie może powierzyć części zamówienia podwykonawcy, jeżeli w ofercie nie wskazał części zamówienia, której to dotyczy. Odwołujący podniósł, że zapis dokonany przez Wykonawcę Sita Zachód Sp. z o.o. w ofercie powoduje, że zarówno oświadczenie ofertowe jak i umowa w opisanym wyżej zakresie są praktycznie martwe i bez względu na postępowanie Sity Zachód w przyszłości, Miasto Konin nie będzie mogło Firmie tej zarzucić niewłaściwej realizacji umowy.

Odwołujący argumentował, że decyzja o tym, czy zamówienie będzie wykonywane z udziałem podwykonawców, czy też bez nich, należy wyłącznie do wykonawcy. Zgodnie z art. 36 ust. 4 PZP oświadczenie w tym względzie musi zostać złożone już na etapie składania ofert. Pozostawienie Wykonawcy przez SITA Zachód pełnej dowolności w zakresie powierzenia (lub nie) wykonania zamówienia nawet w całości za pomocą podwykonawców powoduje, że treść oferty jest w tym względzie niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przepisy PZP tworzą stan, zgodnie z którym: treść oferty powinna odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 PZP w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 1 PZP) oraz zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy winien być tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 PZP), zmiany umowy mogą być

dokonywane tylko w określonym zakresie (art. 144 PZP) a nadto zamówienie może zostać udzielone wyłącznie podmiotowi wybranemu zgodnie z przepisami PZP (art. 7 ust. 3 PZP).

Artykuł 7 ust. 3 PZP zawiera jedną z naczelných zasad zamówień publicznych, stanowiąc: „Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy”. Zdaniem Odwołującego, lekceważące podejście do art. 36 ust. 4 PZP może skutkować w efekcie obejściem tego przepisu. Dotyczy to m.in. sytuacji, gdy wskutek wadliwego oświadczenia wykonawcy w istocie nie wiadomo kto faktycznie i w jakim zakresie będzie wykonywał zamówienie publiczne.

Odwołujący podkreślił, że w odniesieniu do oświadczenia o podwykonawcach nie zachodzą przesłanki do dokonania poprawienia oczywistej omyłki lub nieistotnej omyłki w rozumieniu art. 87 ust. 2 PZP. Wadliwe sporządzenie oferty w omawianym tu zakresie nie może też być uzupełnione w trybie art. 87 ust. 1 PZP. Wobec powyższego, Odwołujący stwierdził, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP oferta Wykonawcy Sita Zachód Sp. z o.o. winna zostać odrzucona jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

II. Brak „odrębnego” wykazania spełnienia warunku doświadczenia w zakresie odbioru odpadów komunalnych.

Zamawiający wymagał w odniesieniu do warunku doświadczenia aby wykonawcy wykazali wykonanie usług odbioru odpadów komunalnych w ilości nie mniejszej niż 25 000 Mg. W punkcie 5.2 na str. 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowano następujący wymóg: „W przypadku złożenia ofert na sektor I i II Zamawiający wymaga wskazania posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu usług objętych przedmiotem zamówienia dla każdego sektora odrębnie”. Odwołujący wskazywał, że według reguł znaczeniowych języka polskiego wyrażenie „odrębnie” oznacza: „odrębny od innych, niepodobny do innych, swoisty” (Mały Słownik Języka Polskiego red. S. Skorupka. Z. Łempicka. H. Anderska s. 491). W ocenie Odwołującego, żaden z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia nie mógł dwukrotnie (w sektorach I i II) posłużyć się tymi samymi usługami na wykazanie spełnienia warunku doświadczenia. Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. wykazała w swojej ofercie te same usługi na dowód posiadania doświadczenia w obu sektorach. W obu przypadkach wykazano doświadczenie w zakresie odbierania odpadów ze Spółdzielni Mieszkaniowej Osiedle Młodych w Poznaniu.

III. Odwołujący podniósł, że Wykonawca Sita Zachód Sp. z o.o. odwołał się do doświadczenia innej firmy - Sita Południe, wskazując na wywóz nieczystości stałych na zlecenie Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej z Częstochowy. W tym przypadku jednak

Wykonawca powinien posiadać dokumenty, z których jasno i precyzyjnie wynikałby zakres i sposób w jaki inna firma podzieli się z nim swoim doświadczeniem. W ocenie Odwołującego, Wykonawca SITA Zachód Sp. z o.o. nie dołączył do swojej oferty zapewnienia wymaganego w świetle przepisu. Zapewnienie czy też inne dokumenty złożone na okoliczność udostępnienia wykonawcy zasobów muszą precyzyjnie i dokładnie określać charakter tych zasobów, ich ilość, czas i sposób wykorzystania. W przeciwnym razie dokumenty takie są fikcyjne i służą jedynie formalnemu zabiegowi w celu rzekomego potwierdzenia spełnienia warunku uczestniczenia w postępowaniu o zamówienie publiczne. Odwołujący podniósł, że zarówno zobowiązanie, jak i umowa o kooperacji z dnia 12 lipca 2013 r. są lakoniczne i w oparciu o te dokumenty nie sposób ustalić jakie konkretnie zasoby, na jaki czas i w jaki sposób zostaną udostępnione wybranemu Wykonawcy. W jego ocenie, w obu przypadkach mamy do czynienia z dokumentami odnoszącymi się do ogólnej intencji, pozbawionymi konkretów. Wykonawca, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych musi jednak udowodnić zamawiającemu, że podmiot udostępniający dany zasób rzeczywiście go posiada oraz że jego udostępnienie nastąpi w sposób realny na rzecz wykonawcy ubiegającego się o zamówienie — na czas i w celu realizacji tego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że kwestie realności zobowiązania do udzielenia zasobów zostały wzmocnione poprzez treść § 1 ust. 6 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231). W ocenie Odwołującego przepisy te nie tylko umożliwiają zamawiającym żądanie złożenia dodatkowych dokumentów ponad zapewnienie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b PZP ale także wskazują na sposób rozumienia wyrażenia „udowodnić”, stanowiącego część tego przepisu.

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie.

Zamawiający wskazał, że w SIWZ oraz zał. nr 8 zawarł wymóg dotyczący podwykonawców, jako wymóg wynikający z art. 36 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający podkreślił, iż ustawodawca w tym przepisie nałożył nie na Wykonawcę, ale na Zamawiającego obowiązek żądania wskazania w ofercie tej części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom, przy czym znamienym jest fakt nieograniczonej możliwości Wykonawcy powierzania wykonania zamówienia podwykonawcom, bez względu na podanie tego faktu w ofercie. Wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja opisana w ust. 5 art. 36 ustawy Prawo zamówień publicznych, tzn. kiedy Zamawiający dokona zastrzeżenia. Wprowadzając w/w wymóg ustawodawca nie określił konsekwencji jakie grożą Wykonawcy za nieprawidłowe lub też za brak podania wskazania udziału podwykonawców. Zdaniem Zamawiającego z całą pewnością nie są to sytuacje, które skutkują wykluczeniem lub

odrzucając ofertę Wykonawcy. Zamawiający reprezentuje pogląd, iż skoro w SIWZ brak jest zastrzeżenia, o którym mowa w art. 36 ust.5 ustawy Prawo zamówień publicznych to oznacza, że został dopuszczony udział podwykonawców w realizacji zamówienia nawet w pełnym zakresie bez względu na podanie lub brak podania tej informacji przez Wykonawcę w ofercie. Zamawiający poza informacją o wykonaniu zamówienia przy udziale podwykonawców nie ma wpływu, przy dostawie i usłudze na wybór podwykonawcy. Nadto Zamawiający podkreślił, iż zgodnie z art. 474 kc Wykonawca odpowiada wobec Zamawiającego za działania i zaniechania osób trzecich za pomocą, których wykonuje zlecenie tak samo jak za działania i zaniechania własne. To oznacza brak ryzyka po stronie Zamawiającego w wyborze podmiotu wykonującego usługę - zawsze odpowiada Wykonawca, nadto brak jest solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego i Wykonawcy za zapłatę wynagrodzenia podwykonawcy. Z uwagi na powyższą odpowiedzialność Wykonawcy za wykonanie usługi nie dochodzi do obejścia przepisu art. 7 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym Zamawiający podkreślił, że zawarł w § 6 w projekcie umowy (zał. nr 11 do SIWZ) zapis dotyczący możliwości wykonania umowy przy udziale podwykonawców.

Zamawiający nie podzielił stanowiska Odwołującego, iż w ofercie firmy SITA Zachód Sp. z o.o. brak jest „odrębnego” wykazania spełnienia warunku doświadczenia w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Zamawiający podkreślił, że dokonując oceny spełnienia w/w wymogu stwierdził, że doświadczenie wykazane przez firmę SITA Zachód sp. z o.o., spełnia wymóg odbioru odpadów komunalnych w ilości nie mniejszej niż 25.000 Mg. Zamawiający dokonując oceny spełnienia tego wymogu w Sektorze I nie brał pod uwagę pozycji 1-2 wykazu usług z uwagi na fakt wykazania w ofercie na Sektor II. W sektorze I wziął pod uwagę jedynie pozycje od 3 - 10, co obejmuje wielkość powyżej 42.000 Mg.

Odwołujący zaskarżył dokument odnoszący się do doświadczenia innego podmiotu - firmy SITA Południe, podnosząc iż nie zostało do oferty dołączone zapewnienie wymagane przez art.26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie podzielił takiego stanowiska Odwołującego. Podkreślił, że do oferty Wykonawcy Sita Zachód sp. z o.o. zostały dołączone dokumenty, które spełniają dyspozycję art. 26 ust.2b ustawy Prawo zamówień publicznych, takie jak zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów do wykonania zamówienia oraz umowa kooperacji. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, iż brak jest ustawowego katalogu dokumentów, za pomocą których Wykonawca jest zobowiązany udowodnić dysponowanie zasobami innego podmiotu, brak jest określenia minimalnej treści zobowiązania. Ustawodawca nałożył jedynie obowiązek udowodnienia Zamawiającemu możliwości dysponowania przez Wykonawcę tymi zasobami na okres korzystania z nich przy realizacji zamówienia. Zdaniem Zamawiającego również ustawa Prawo zamówień

publicznych nie zawiera wymogu zadeklarowania konkretnej formy uczestnictwa. Z tego wynika, że uczestnictwo to może przybrać dowolną formę np. podwykonawstwo, doradztwo, szkolenia i konsultacje, wykłady itp.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Złożył ofertę w niniejszym postępowaniu. Gdyby potwierdziły się zarzuty stawiane w odwołaniu, miałyby szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Oceniając stan faktyczny w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie zarzutu dotyczącego artykuł 26 ust. 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, że podniesiony zarzut jest bezzasadny. Zgodnie z artykułem 26 2b ustawy Prawo zamówień publicznych 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 do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Należy stwierdzić, że w treści cytowanego przepisu brak jest określenia minimalnej treści zobowiązania. Przepis ustawy mówi o wyłącznie o zobowiązaniu. Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. przedstawił treść takiego zobowiązania wraz z umową. Izba ustaliła, że wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. złożył w ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów do wykonania zamówienia. W treści zobowiązania przedsiębiorca Sita Południe sp. z o.o. zobowiązał się do udostępnienia na rzecz Sita Zachód sp. z o.o. zasobów na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wiedzy i doświadczenia, zdobytych podczas realizacji zamówienia dla Zakładu Gospodarki Mieszkaniowej TBS w Częstochowie. W treści zobowiązania podkreślono także, że współpraca pomiędzy Sita Południe i Sita Zachód sp. z o.o. odbywać się będzie w oparciu o umowę kooperacji. Umowa została także załączona do oferty. Na mocy tej umowy,

przedsiębiorca Sita Południe zobowiązał się udostępnić Sita Zachód swoje zasoby w postaci doświadczenia, wiedzy na cały okres realizacji zamówienia, w szczególności doświadczenie i wiedzę zdobyte przy realizacji inwestycji analogicznych. W § 1 ust. 2 umowy zostało zawarte postanowienie, zgodnie w którym wskazano, że zobowiązanie będzie wykonywane przez Sita Południe m.in. poprzez bezpośrednie udzielanie wsparcia technicznego, doradztwo oraz konsultacje, udzielenie know-how, udzielanie Sita Zachód wsparcia przy rozwiązywaniu problemów zaistniałych w toku realizacji zamówienia, opracowywanie zasad optymalizacji i efektywności prac w ramach realizacji zamówienia.

Z treści analizowanych dokumentów wynika, że wbrew twierdzeniu Odwołującego, wykonawca ten wskazał okres, na jaki zostały udostępnione zasoby. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, że zarówno zobowiązanie, jak i umowa o kooperacji z dnia 12 lipca 2013 roku są lakoniczne i w oparciu o te dokumenty nie sposób ustalić, jakie konkretnie zasoby, na jaki czas i w jaki sposób zostaną udostępnione wykonawcy, Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. wskazał, że zobowiązanie będzie wykonywane przez Sita Południe m.in. poprzez bezpośrednie udzielanie wsparcia technicznego, doradztwo oraz konsultacje, udzielenie know-how, udzielanie Sita Zachód wsparcia przy rozwiązywaniu problemów zaistniałych w toku realizacji zamówienia, opracowywanie zasad optymalizacji i efektywności prac w ramach realizacji zamówienia. Odwołujący nie wykazał, że oświadczenie jest nieprawdziwe czy nierealne. Nie wykazał, aby nie było realne udostępnienie wiedzy i doświadczenia w postaci wskazanej przez Przystępującego w umowie.

W ocenie Izby nie należy dokonywać sztucznego podziału pomiędzy wiedzą i doświadczeniem, w szczególności, gdy Zamawiający nie rozgraniczał tych pojęć w treści warunku, żądając aby wykonawcy wykazali się posiadaniem wiedzy i doświadczenia.

Podkreślić należy także, że z przepisów prawa nie wynika obowiązek, aby podmiot udostępniający zasoby brał udział w realizacji zamówienia w jakiś szczególny sposób. Sposób uczestnictwa nie został określony, zatem może mieć dowolną, prawem dozwoloną formę. Tak też w orzeczeniu Sądu Okręgowego w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 roku, sygn. akt XII Ga 315/11 „(..) aby skutecznie udostępnić swój potencjał podmiot trzeci nie musi brać udziału w wykonaniu przedmiotu zamówienia w jakimkolwiek charakterze. Korzystając z zasobu podmiotu trzeciego wykonawca może wykonać przedmiot zamówienia samodzielnie. Nie można w tej sytuacji uznać za uprawniony pogląd, iż aby skutecznie udostępnić swój potencjał osoba trzecia musiałaby brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy”. Nie ulega wątpliwości, że wykonawcą jest podmiot, który złożył ofertę, zaś podmiot trzeci udostępnia jedynie swoje zasoby (w tym uczestniczy w realizacji umowy w sposób wskazany w oświadczeniu), co jest prawnie przewidzianą formą. Należy więc przyjąć, że zaangażowanie podmiotu trzeciego poprzez bezpośrednie udzielanie wsparcia technicznego, doradztwo oraz konsultacje, udzielenie know-how, udzielanie Sita

Zachód sp. z o.o. wsparcia przy rozwiązywaniu problemów zaistniałych w toku realizacji zamówienia, opracowywanie zasad optymalizacji i efektywności prac w ramach realizacji zamówienia nie są formą, w jakiej podmiot trzeci nie mógłby brać udziału w realizacji zamówienia.

Izba ustaliła, że Zamawiający wymagał w odniesieniu do warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, aby wykonawcy wykazali wykonanie usług odbioru odpadów komunalnych w ilości nie mniejszej niż 25 000 Mg. W przypadku składania oferty na sektor I i II, Zamawiający wymagał wskazania posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu usług objętych przedmiotem zamówienia dla każdego sektora odrębnie. Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. złożył ofertę realizacji usługi dla sektora I i II. W wykazie usług dla sektora II wykazał trzy pozycje, z czego w pozycjach nr 1 i 2 wpisał realizację usługi na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Osiedla Młodych, zaś w pozycji nr 3 wykazał realizację usługi odbioru odpadów na rzecz innego podmiotu. W wykazie dla sektora I Wykonawca wykazał realizację usług w 10 pozycjach, z których w pozycji nr 1 i 2 wykazano realizację usług na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Osiedla Młodych. W pozycjach 3-10 wykazano realizację usług na rzecz innych podmiotów. Łączna ilość odpadów w usługach realizowanych (dla pozycji 3-10) wyniosła 37601,36 Mg, co oznacza, że nawet gdy Zamawiający nie uwzględniłby usług realizowanych na rzecz Spółdzielni Mieszkaniowej Osiedla Młodych (opisanych w pozycjach 1,2 wykazu usług dla sektora I, które znalazły się także w wykazie usług dla sektora nr II), Zamawiający mógł uznać, że Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu wiedzy i doświadczenia w wykonaniu odbioru odpadów komunalnych w ilości nie mniejszej niż 25 000 Mg dla każdego sektora odrębnie. Zatem nawet w przypadku uznania, że Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. nie mógł legitymować się doświadczeniem przy realizacji tego samego zamówienia przy realizacji tych samych umów, to Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. przedstawił w zakresie sektora nr I inne umowy i zdobyte doświadczenie, które pozwoliły na uznanie spełnienia warunku SIWZ. W sektorze nr I wyszczególniono więcej usług, innych niż w sektorze II, które pozwoliły na ocenę spełnienia wymagań SIWZ.

Wobec powyższego, w ocenie Izby Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych uznając, że Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. spełnił postawiony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła, że Zamawiający zawarł w punkcie 14.13 na str. 20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia następujący wymóg: Zamawiający żąda wskazania przez Wykonawcę w ofercie, części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. złożył następujące oświadczenie dotyczące

podwykonawców „Dopuszcza możliwość zlecenia podwykonawcy nawet pełnego zakresu przedmiotu zamówienia”.

W ocenie Izby nieprecyzyjność wypełnienia żądania Zamawiającego dotyczącego wskazania części podwykonawstwa pozbawione jest jakichkolwiek negatywnych konsekwencji prawnych wyrażonych w ustawie. Ustawodawca nie określił konsekwencji jakie grożą Wykonawcy za nieprawidłowe podanie lub też za brak podania wskazania udziału podwykonawców. Zamawiający nie zastrzegł, że zamówienie nie może zostać zrealizowane przez podwykonawców w całości lub w określonej części, co oznacza, że dopuścił możliwość realizacji zamówienia nawet w pełnym zakresie przez podwykonawców. Wykonawca Sita Zachód sp. z o.o. określił, że podwykonawcy mogą zrealizować nawet całość zamówienia, co było dopuszczone przez SIWZ. Izba ustaliła, że zgodnie z § 6 ust. 1 wzoru umowy, który stanowił załącznik do SIWZ, Wykonawca może powierzyć, zgodnie z ofertą, wykonanie części zamówienia podwykonawcom. W treści wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ brak jest konieczności wskazania poszczególnych części, które wykonawca będzie realizował przy pomocy podwykonawców, co oznacza, że zarówno na etapie zawarcia umowy, jak również na etapie realizacji umowy, Zamawiający pozostawił tę kwestię do decyzji Wykonawcy. Użyte we wzorze umowy sformułowanie „może” wskazuje na to, iż decyzja w przedmiocie powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom jest suwerenną decyzją Wykonawcy, która nie jest uzależniona od spełniania żadnych dodatkowych warunków. Tym samym, w ocenie Izby, nie można mówić o niezgodności treści oferty Wykonawcy Sita Zachód sp. z o.o. z treścią SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....