

Sygn. akt: KIO 2182/13

WYROK
z dnia 26 września 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Emil Kuriata

Honorata Łopianowska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2013 r. przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Jednostkę Wojskową Nr 4340, ul. Narutowicza 10A, 70-231 Szczecin**

przy udziale wykonawcy **Leszek W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Leszek W. Usługi Leśne, ul. 30-Lecia 4b/2, 72-110 Przybiernów**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław** na rzecz **Jednostki Wojskowej Nr 4340, ul. Narutowicza 10A, 70-231 Szczecin** kwotę: **2 942 zł 88 gr** (słownie: dwa tysiące dziewięćset czterdzieści dwa złote osiemdziesiąt osiem groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu 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 poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Szczecinie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Jednostka Wojskowa Nr 4340 w Szczecinie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „*Usługi sprzątnięcia powierzchni wewnętrznych budynków, zewnętrznych powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie odpowiedzialności Jednostki Wojskowej 4340 Szczecin*”. 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), zwanej dalej: „*ustawa Pzp*”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 29 czerwca 2013 r. pod nr 2013/S 125-214629. Postępowanie to Zamawiający podzielił na pięć części, dopuszczając możliwość składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym wykonawca Impel Cleaning Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu (dalej: „Odwołujący”) w dniu 9 września 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy czynności wyboru przez Zamawiającego oferty najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadań nr 3 i 5, o której to czynności Zamawiający poinformował Odwołującego w dniu 30 sierpnia 2013 r.

Zamawiający kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom w postępowaniu w dniu 10 września 2013 r. W dniu 12 września 2013 r. do Prezesa Izby na piśmie wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonane przez wykonawcę Leszka W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Leszek W. Usługi Leśne z siedzibą w Przybiernowie (dalej: „Przystępujący”). Kopie przystąpienia zostały przekazane Odwołującemu i Zamawiającemu.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalnoprawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała je do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 26 września 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego w zakresie zadań 3 i 5, mimo iż wykonawca nie wykazał spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu;
- 3) art. 26 ust. 2b i 3 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego w zakresie zadań 3 i 5 do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedza i doświadczenie, mimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania wskazanego warunku udziału w postępowaniu;
- 4) art. 91 ust 1 ustawy Pzp, poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań 3 i 5 w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadań 3 i 5 oferty złożonej przez Przystępującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie zadań 3 i 5;
- 3) nakazanie Zamawiającego wykluczenia z postępowania w zakresie zadań 3 i 5 Przystępującego;
- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania w zakresie zadań 3 i 5;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadań 3 i 5 oferty złożonej przez Odwołującego

Ewentualnie, z daleko idącej ostrożności, na wypadek nieuwzględnienia ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności wyboru jako najkorzystniejszej w postępowaniu w zakresie zadań 3 i 5, oferty złożonej przez Przystępującego;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie 3 i 5;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wezwania Przystępującego do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku wiedza i doświadczenie oraz warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w zakresie zadań 3 i 5;

- 4) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty, spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych postępowania w zakresie zadań 3 i 5.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że nie zgadza się z informacją zawartą w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, na podstawie której za najkorzystniejszą w postępowaniu w zakresie zadań 3 i 5 uznana została oferta Przystępującego, podkreślając, że wskazany wykonawca nie wykazał, że spełnia ustalone w postępowaniu warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podnosi, że Przystępujący, który przy spełnianiu warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wykazał się potencjałem podmiotu trzeciego, do którego to potencjału nie posiada dostępu gwarantującego należyte i prawidłowe wykonanie zamówienia. Podkreślił, że wykonawca ten na potwierdzenie spełniania ww. warunku przedstawił m.in. należycie wykonaną usługę odpowiadającą wymogom postępowania, użyczoną przez przedsiębiorcę RE-NATURA-BUD Krzysztof J. z siedzibą w Szczecinie. Zgodnie z żądaniem Zamawiającego ww. wykonawca wraz z ofertą przedłożył wykaz usług, dokument potwierdzający należyte wykonanie usługi (referencję) oraz zobowiązanie o udostępnieniu potencjału. Zgodnie z treścią wskazanych dokumentów, dostęp wybranego wykonawcy do zasobów podmiotu użyczającego dotyczy wiedzy i doświadczenia, jego zakres i sposób wykorzystania realizowany będzie wyłącznie poprzez „stałe doradztwo, nadzór i konsultacje oraz przekazanie nazw i sposobu używania i sposobu działania środków chemicznych oraz przekazania sprzętu”, co – zdaniem Odwołującego – jest niewystarczające. Podkreślił on, że zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego nie jest ograniczone wyłącznie do chwili kwalifikacji wykonawców w postępowaniu, ale rozciąga się również na okres realizacji zamówienia, co znajduje uzasadnienie w sformułowaniu: „na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia”. Wskazał, że głównym i nadrzędnym zadaniem instytucji użyczenia potencjału podmiotu trzeciego jest zwiększenie potencjalnej liczby wykonawców zdolnych do ubiegania się o zamówienia, a więc tym samym zwiększenie konkurencyjności w postępowaniach z jednoczesnym utrzymaniem rękojmi należytego wykonania zamówienia przez podmiot posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie lub określone potencjały. Odwołujący wskazał też na brzmienie § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dn. 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów (...), w myśl którego to przepisu charakter stosunku łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym, gwarantować musi pierwszemu rzeczywisty dostęp do użyczanych zasobów.

Tym samym - w ocenie Odwołującego - ustawodawca nie wskazał zamkniętego katalogu dopuszczalnych form i zakresów wykorzystywania potencjałów podmiotu trzeciego.

Oceniając, więc jaki zakres i sposób wykorzystywania zasobów, na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych jest właściwy, problem rozstrzygać trzeba przez pryzmat bezpiecznego i należytego wykonania zamówienia publicznego. Wskazał na funkcję warunków udziału w postępowaniu, tj. eliminację tych spośród wykonawców, których umiejętności i właściwości nie mają podstaw by przypuszczać, że powierzone im zadanie zrealizowane zostanie prawidłowo. W związku z powyższym, jeżeli do postępowania zakwalifikowany jest wykonawca ze względu na udostępniony mu potencjał, to zamawiający musi mieć pewność, że ww. udostępnienie ma charakter trwały i rzeczywisty również w tym sensie, w dowolnym momencie realizacji zamówienia, udzielający działał będzie jak podwykonawca, tj. wstąpi do realizacji zamówienia w dowolnej części objętej przedmiotem świadczenia. Na poparcie swojego stanowiska powołał się na orzecznictwo KIO: wyrok z dn. 25 września 2012 r. (sygn. akt: KIO 1927/12) oraz wyrok z dnia 2 kwietnia 2013 r. (sygn. akt: KIO 629/13).

Według Odwołującego, udostępnienie Przystępującemu dokonane w oparciu w postanowienia ww. zobowiązania nie gwarantuje pełnego i nieograniczonego dostępu do zasobów podmiotu udzielającego. Charakter ww. udzielenia ma w konsekwencji – jego zdaniem - cechy udostępnienia pozornego, gdyż co prawda pozytywnie weryfikuje wybranego wykonawcę do udziału w postępowaniu, ale nie odpowiada potrzebom niedoświadczonego wykonawcy, a jednocześnie naraża Zamawiającego na nieuzasadniony wzrost ryzyka nienależytego wykonania zamówienia. Jego zdaniem stanowisko to dodatkowo potwierdza treść oferty Przystępującego, zgodnie z którą Przystępujący oświadczył, iż nie zamierza powierzyć wykonania jakiegokolwiek części zamówienia podwykonawcy (formularz ofertowy, pkt 11).

W toku rozprawy przed Izba Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko wnosząc o uwzględnienie odwołania. Dodatkowo wskazał, że Zamawiający, kierując wezwanie do uzupełnienia dokumentów do Przystępującego nie wezwał go do uzupełnienia braku w postaci oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu tj. dokumentu, o którym mowa w pkt 6.1 lit. a), a obowiązek dostarczenia takiego dokumentu co do podmiotu trzeciego wynika z pkt 5.3 SIWZ. Tę okoliczność Odwołujący wskazał jako argumentację uzupełniającą zarzut wskazany w odwołaniu, a dotyczący naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 2b i 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w piśmie z dnia 25 września 2013 r. przesłanym faksem do akt sprawy, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał w niej, że Odwołujący dokonał błędnego ustalenia stanu faktycznego, gdyż nie uwzględnił czynności, jakie zostały podjęte w toku badania ofert w postępowaniu. Niezależnie jednak od tego faktu, Zamawiający odniósł się do zarzutów odwołania. Podzielił pogląd, że

udostępnienie zasobów musi mieć charakter rzeczywisty, a wykazaniu tego służyć mają m.in. elementy wskazane w § 3 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. poz. 231). Powołał się w tym zakresie na stanowisko Izby prezentowane w wyroku z dnia 1 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1439/13. Podkreślił, że niezależnie od tego, czy Zamawiający żąda dodatkowych dowodów potwierdzających realność udostępnionych zasobów, wskazany przez ustawodawcę zakres elementów mających do tego prowadzić stanowi wytyczne, jakimi należy się kierować przy ocenie dostępności tych zasobów wykonawcy i tymi samymi wytycznymi powinien również kierować się wykonawca korzystający z zasobów podmiotu trzeciego, aby udowodnić ich rzeczywistą dostępność. Zwrócił jednak uwagę na fakt, iż w związku ze złożeniem przez Przystępującego wraz z ofertą pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz dowodów, potwierdzających należyte wykonanie usług Zamawiający negatywnie ocenił złożony przez Przystępującego dokument (zobowiązanie podmiotu trzeciego) mający na celu potwierdzić udostępnienie niezbędnych zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez inny podmiot. Wątpliwości Zamawiającego wzbudził sposób wykorzystania zasobów oraz charakter stosunków, jaki łączy czy też będzie łączył Przystępującego z podmiotem trzecim. Z tych też względów Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie – pismo z dnia 23 sierpnia 2013 - do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że w tym zakresie Odwołujący nie dokonał właściwego ustalenia stanu faktycznego, gdyż nie uwzględnił czynności podejmowanych w toku badania ofert, zatem zarzut, więc zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów jest bezpodstawny.

Wyjaśnił też, że w odpowiedzi na wezwanie Przystępujący złożył wyjaśnienia oraz przedłożył umowę cywilnoprawną z podmiotem udostępniającym zasoby, wskazującą sposób współpracy w trakcie realizacji zamówienia i umowa wskazywała wszystkie elementy, o których mowa w rozporządzeniu w sprawie dokumentów i wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, a więc zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki łączy lub będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem oraz zakres i okres udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Dokumenty te – zdaniem Zamawiającego - w sposób jednoznaczny potwierdzają, że udostępnienie zasobów będzie miało charakter trwały i rzeczywisty, a ponadto z dokumentów tych wynika, że udostępnienie zasobów nie będzie wiązało się z podwykonawstwem. Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia może nastąpić tylko w postaci podwykonawstwa. Zamawiający na poparcie swojej argumentacji powołał się na stanowisko zaprezentowane w wyroku KIO z dnia 18 lutego 2011 r., sygn. akt KIO

250/11, oraz na wyroki z dnia 1 lutego 2013 r., KIO 179/13; z dnia 9 lutego 2012 r., KIO 162/12, z dnia 10 stycznia 2011 r., KIO 2790/10 oraz wyrok SO w Gdańsku z dnia 25 lipca 2011 r., sygn. akt XII Ga 315/11, wskazując, że podwykonawstwo nie jest jedyną formą brania udziału w realizacji zamówienia. W orzecznictwie przyjęło się, że innymi formami udostępnienia wiedzy i doświadczenia są również konsultacje i doradztwo, wsparcie merytoryczne, pomoc techniczna, *know-how*, tajemnica przedsiębiorstwa, dokumentacja, *goodwill*, renoma itp. (wskazując m.in. na postanowienie SN z 7 października 2008 r., sygn. akt III CZP 87/08; wyrok z dnia 28 sierpnia 2010 r., sygn. akt KIO 1671/10; wyrok z dnia 26 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1482/11; wyrok z 9 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 162/12; wyrok z dnia 12 marca 2012 r., sygn. akt KIO 426/12).

Zamawiający w toku rozprawy podtrzymał swoje stanowisko, wnosząc o oddalenie odwołania.

Przystępujący w swoim zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania. W toku rozprawy podtrzymał ten wniosek, wskazując dodatkowo, że Odwołujący formułując swoje odwołanie nie zapoznał się z dokumentami uzupełnionymi przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego, bowiem wśród tych dokumentów Przystępujący uzupełnił również oświadczenie podmiotu trzeciego o nie podleganiu wykluczeniu z postępowania. Podkreślił, że przy udostępnieniu wiedzy i doświadczenia nie ma obowiązku podwykonawstwa, a orzecznictwo KIO, które prezentuje Odwołujący, kwestionujące zobowiązania podmiotu trzeciego, dotyczy sytuacji faktycznych, których treść zobowiązania miała charakter ogólny i było to jedynie zobowiązanie formalnoprawne składane dla wypełnienia warunku, ale bez rzeczywistego i realnego udostępnienia tego potencjału i wykorzystania go w trakcie realizacji zamówienia. Zdaniem Przystępującego w dostateczny sposób wykazał on tak w ofercie, jak i w uzupełnieniu dokumentów na wezwanie Zamawiającego realne udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia bez konieczności podwykonawstwa podmiotu trzeciego przy realizacji przedmiotu zamówienia. Według niego przywoływane przez Odwołującego orzeczenia dotyczą także robót budowlanych, a nie stosunkowo prostych usług sprzątnia, jak w niniejszym postępowaniu, stąd też są nieadekwatne do niniejszego stanu faktycznego sprawy. Wskazał, że intencje podmiotu trzeciego udostępniającego realnie Przystępującemu potencjał wiedzy i doświadczenia, zostały w tym zakresie precyzyjnie wyrażone w treści oświadczenia, które zostało uzupełnione na wezwanie Zamawiającego, a także w treści zawartego z podmiotem trzecim porozumienia o współpracy. Porozumienie to wskazuje na zakres udostępnionych Przystępującemu zasobów, sposób ich wykorzystania, charakter stosunku, jaki będzie łączył Przystępującego z podmiotem trzecim oraz zakres i okres udziału użyczającego zasobów przy wykonywaniu zamówienia. Dodatkowo Przystępujący podkreślił, że w rozszerzeniu tych czynności wskazanych w treści oświadczenia i

porozumienia, podmiot trzeci będzie wykonywał także w trakcie realizacji zamówienia takie czynności jak: szkolenie personelu, formułowanie zapotrzebowania na określone środki chemiczne, wydawanie tych środków w trakcie realizacji zamówienia, instruowanie i sprawdzanie pracowników, przygotowanie harmonogramu wykonywanych czynności sprzątnia, odbiór prac, jak również przekazanie sprzętu – wszystko bez podwykonawstwa. Podkreślił również, że w samym zobowiązaniu podmiotu trzeciego i dokumentach uzupełnionych, wskazywano także na okoliczność udostępnienia Przystępującemu przez podmiot trzeci osób, które nabyły doświadczenie przy realizacji określonych kontraktów opowiadających przedmiotowo temu zamówieniu.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia przez wykonawcę Leszek W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą: Leszek W. Usługi Leśne z siedzibą w Przybiernowie, uznając, że w tym zakresie zostały wypełnione wszystkie przesłanki wskazujące na formalnoprawną poprawność złożonego przystąpienia, określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp. Tym samym, Przystępujący uzyskał w niniejszym postępowaniu odwoławczym status uczestnika tego postępowania.

Izba oddaliła zgłoszony w tym zakresie wniosek Odwołującego o niedopuszczenie do udziału w tym postępowaniu Przystępującego z uwagi na brak przekazania kopii zgłoszenia przystąpienia Odwołującemu. Izba ustaliła, że kopia odwołania przekazana przez Odwołującego Zamawiającemu nie zawierała wskazania nr telefonu i faksu tego wykonawcy. W związku z powyższym Przystępujący, otrzymując wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania odwoławczego taką kopię odwołania przekazał Odwołującemu – zdaniem Izby - skutecznie kopię zgłoszenia przystąpienia na numer faksu możliwy i dostępny do uzyskania na oficjalnej stronie internetowej Odwołującego. Przystępujący przedstawił w tym zakresie stosowne dowody (raport z faksu), które potwierdzają przekazanie Odwołującemu kopii zgłoszenia przystąpienia.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba oddaliła w tym zakresie wnioski Zamawiającego o odrzucenie odwołania z powodu braku wskazania w jego treści numeru telefonu i faksu Odwołującego, który należało wskazać, zgodnie z dyspozycją § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280 ze zm.). Izba stwierdziła, że wskazana przez Zamawiającego podstawa faktyczna wniosku o odrzucenie odwołania nie znajduje oparcia w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi o zamkniętym katalogu przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. Odwołujący, podnosząc zarzuty dotyczące czynności zaniechania wykluczenia Przystępującego z postępowania w zakresie tych części zamówienia, w których Odwołujący złożył swoją ofertę konkurując z Przystępującym o uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego, wykazał swój uszczerbek w interesie, polegający na pozbawieniu go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Powyższe stanowi wypełnienie przesłanki materialnoprawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała, że podlega ono oddaleniu.

Izba ustaliła, że Zamawiający wszczynając niniejsze postępowanie na pięć pakietów, dopuścił możliwość składania ofert częściowych. Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 8 sierpnia 2013 r., w zakresie zakwestionowanych w ramach odwołania rozpoznawanego przez Izbę dwóch części zamówienia: nr 3 i 5 wpłynęło odpowiednio: 8 i 3 ofert, w tym oferty złożone przez Przystępującego i Odwołującego.

Do oferty Przystępującego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 5.1. lit. b) SIWZ, tj. co do wiedzy i doświadczenia załączony został wykaz wykonanych usług, wśród których powołano się na usługę wykonywaną przez podmiot trzeci, tj. przedsiębiorcę Krzysztofa J.a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Re-Natura-Bud Krzysztof J. z siedzibą w Szczecinie. W związku z powyższym, do oferty Przystępującego oprócz dokumentu poświadczenia o należyтым wykonywaniu wykazywanych przez tę firmę usług na rzecz Jednostki Wojskowej nr 4340 w Szczecinie, załączono zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 7 sierpnia 2013 r. W treści tego

zobowiązania wskazano, że wskazana firma użycza Przystępującemu swoich referencji i zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego przedmiotu zamówienia. W treści zobowiązania podano ponadto, że w wyniku powyższego nastąpi przekazanie osób do wykonywania zamówienia, a także, że podmiot trzeci zobowiązuje się do doradzania, nadzoru i konsultacji oraz przekazania nazw i sposobu używania i sposobu działania środków chemicznych oraz przekazania sprzętu w tym urządzeń do pielęgnacji żywoplotów, mineralizacji pasów ppoż do szorowania i froterowania podłóg itp.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert, pismem z dnia 23 sierpnia 2013 r. zwrócił się do Przystępującego m.in. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. W wezwaniu tym Zamawiający wskazał, że załączone przez Przystępującego do oferty dokumenty nie potwierdzają spełniania wskazanego warunku a także, że ze zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy swój potencjał powinien wynikać: zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, sposób wykorzystania tych zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakter zakres i okres udziału tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W oparciu o przywołany przepis Zamawiający wezwał też Przystępującego do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego o braku podstaw do wykluczenia z postępowania w sytuacji, gdyby podmiot trzeci miał brać udział w wykonywaniu zamówienia.

Przystępujący wykonując wezwanie Zamawiającego przy piśmie z dnia 27 sierpnia 2013 r. przedłożył Zamawiającemu nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 31 lipca 2013 r., wskazujące w swej treści na ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu i określenie przedmiotu zamówienia oraz na zobowiązanie podmiotu trzeciego (przedsiębiorcy Krzysztofa J.a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Re-Natura-Bud Krzysztof J. z siedzibą w Szczecinie) do udostępnienia na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp swoich zasobów wiedzy i doświadczenia Przystępującemu na okres korzystania z nich przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia. Podmiot ten wskazał również na charakter stosunków pomiędzy nim a Przystępującym, tj. że podmioty te są partnerami pozostającymi w stosunku cywilnoprawnym. Oprócz powyższych dokumentów do wskazanego pisma załączone zostało porozumienie o współpracę nr 2 z dnia 7 sierpnia 2013 r. zawarte pomiędzy przedsiębiorcą Krzysztofem J.em prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą: Re-Natura-Bud Krzysztof J. z siedzibą w Szczecinie (podmiot trzeci), a Przystępującym. Porozumienie to określa w odrębnych paragrafach regulacji zakres

dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu je użyczającego (§ 1), sposób wykorzystania zasobów użyczającego zasobów przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia (§ 2), charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z użyczającym zasobów (§ 3), zakres i okres udziału użyczającego zasobów przy wykonywaniu zamówienia (§ 4), jak też warunki rozwiązania porozumienia (§ 5). Do pisma Przystępującego dołączone zostało także oświadczenie podmiotu trzeciego o braku podstaw do wykluczenia z postępowania.

Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym m.in. wskazując jako taką ofertę Przystępującego w zakresie pakietu nr 3 i 5 zamówienia.

Odwołujący nie zgodził się z tą czynnością Zamawiającego i wniósł odwołanie, które jest aktualnie przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdziła, że brak było podstawy do wykluczenia Przystępującego z postępowania. Zdaniem Izby, Przystępujący wykazał spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia i brak jest podstaw do kwestionowania wykazywanego przez niego potencjału użyczonego mu w tym zakresie przez przedsiębiorcę Krzysztofa J.a prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą: Re-Natura-Bud Krzysztof J. z siedzibą w Szczecinie (podmiot trzeci).

Przystępujący wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia oparł się o powszechnie obowiązujący w tym względzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, pozwalający wykonawcy na wykazanie się potencjałem podmiotu trzeciego przy udowodnieniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w tym także w zakresie wiedzy i doświadczenia. Przywołany przepis pozwala wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego na skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełnienia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu, o ile wykonawca ten będzie w stanie udowodnić, np. poprzez pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego, możliwość wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie niewątpliwie należy zwrócić uwagę na zmiany w obowiązujących przepisach prawa wprowadzające *de facto* nowe rozumienie tego przepisu w kontekście oceny udostępniania potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy. Zmiany te zostały wprowadzone przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawcy, oraz form, w jakich te

dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). Istotną zmianę w tym zakresie wprowadziła m.in. regulacja zawarta w § 1 ust. 6 tego rozporządzenia, gdzie wskazuje się na możliwość żądania przez Zamawiającego określonych dokumentów dotyczących w szczególności:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakteru stosunków, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Regulacja ta została wprowadzona w celu oceny przez zamawiającego czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy łączący wykonawcę z tymi podmiotami stosunek gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Nie dokonując w tym miejscu oceny zgodności wskazanego przepisu rozporządzenia z regulacjami art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stwierdzić należy na wyraźny kierunek ustawodawcy wskazany tymi przepisami, aby w trakcie oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia dokonywać oceny realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego wykonawcy na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu, poprzez odpowiednie wykazanie rzeczywistej możliwości wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Podkreślenia wymaga natomiast okoliczność, iż ani przepisy ustawy Pzp, ani też przepisy przywołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia, czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Niewątpliwie ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w sposób najbardziej pełny wskazuje na faktyczne użycie potencjału podmiotu trzeciego, nie może być ona jednak traktowana jako bezwzględnie obowiązująca. W każdym przypadku bowiem należy dokonać oceny, czy dla realności wykorzystania udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału, konieczny jest faktyczny udział podmiotu w realizacji części czy też całości zamówienia czy wystarczająca będzie inna forma wykorzystania danego potencjału przy realizacji przedmiotu zamówienia. Nie można wykluczyć w tym względzie, że

udostępnienie i faktyczne wykorzystanie potencjału wiedzy i doświadczenia będzie odbywało się również poprzez np. różnego rodzaju konsultacje, czy doradztwo w trakcie realizacji przedmiotu umowy w sprawie zamówienia publicznego świadczone przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, mamy do czynienia z taką właśnie sytuacją. Przystępujący dla wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. W wyniku wezwania do uzupełniania dokumentów przedłożył on Zamawiającemu w tym zakresie przede wszystkim zawarte cywilnoprawne porozumienie, mające charakter przyrzeczenia ze strony podmiotu trzeciego złożonego na rzecz Przystępującego co do wykonywania w czasie realizacji zamówienia określonych świadczeń, które będą umożliwiać Przystępującemu należyte wykonywanie przedmiotu umowy. Podmiot trzeci wskazywał w tym zakresie właśnie na konsultacje i doradztwo w trakcie wykonywania konkretnych usług sprzątnia, w tym w szczególności co do stosowania określonych środków chemicznych i sanitarnych wraz z zasadami ich użycia i działania. Wskazywał też dodatkowo na udostępnienie określonych osób uczestniczących i mających doświadczenie w faktycznym wykonywaniu tego typu usług. Porozumienie to wskazuje również na zakres dostępnych Przystępującemu zasobów podmiotu trzeciego w postaci wiedzy i doświadczenia w realizacji usług polegających na utrzymaniu w czystości powierzchni wewnętrznych budynków oraz zewnętrznych powierzchni utwardzonych i utrzymania w czystości powierzchni wewnętrznych, jak też terenów zielonych. Określa sposób wykorzystania tych zasobów w postaci doradztwa i konsultacji, a także stałą możliwość korzystania z tego potencjału przez cały okres trwania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Uwzględniając powyższe – zdaniem Izby – w przedmiotowej sprawie w sposób nie budzący wątpliwości zostało wykazane Zamawiającemu przez Przystępującego realne udostępnienie zasobów wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przy realizacji przedmiotowego zamówienia, a tym samym spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w związku z niewykazaniem dysponowania przez Przystępującego potencjałem podmiotu trzeciego co do warunku wiedzy i doświadczenia i naruszenia w tym względzie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Izba uznała zarzut ten za oczywiście bezzasadny. Odwołujący formułując ten zarzut nie zweryfikował bowiem okoliczności faktycznych

niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie ustalił on mianowicie, że Zamawiający korzystał z tej instytucji (wezwanie do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) i to we wskazywanym przez Odwołującego zakresie. O powyższym świadczy korespondencja prowadzona przez Zamawiającego z Przystępującym w toku czynności badania i oceny ofert, tj. pisma z dnia 23 sierpnia 2013 r. (pismo Zamawiającego) i z dnia 27 sierpnia 2013 r. (pismo Przystępującego). Z tych też względów Izba uznała zarzut za niepotwierdzony.

Izba nie rozpoznawała podniesionego przez Odwołującego zarzutu dotyczącego nie złożenia Zamawiającemu przez Przystępującego oświadczenia podmiotu trzeciego o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu, z uwagi na okoliczność, iż zarzut ten nie był objęty zakresem odwołania. Tymczasem zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może w swoim orzekaniu wychodzić poza granice zaskarżenia zawarte w odwołaniu. Zdaniem Izby okoliczności tej, podniesionej przez Odwołującego w toku rozprawy, nie można traktować w kategoriach podniesionego już w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2b i ust. 3 ustawy Pzp, bowiem w tym zakresie Odwołujący w treści odwołania podał konkretne okoliczności faktyczne świadczące o zakresie tego zarzutu, wśród których nie wskazano okoliczności związanej z brakiem określonego dokumentu podmiotowego po stronie Przystępującego. O zarzucie odwołania świadczą bowiem przede wszystkim okoliczności faktyczne związane z zaskarżoną czynnością bądź zaniechaniem Zamawiającego, a nie wskazanie podstawy prawnej naruszenia. Ta, obok zarzutów i żądań oraz uzasadnienia faktycznego i prawnego stanowi istotny, ale odrębny element odwołania składanego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Z tych też względów Izba stwierdziła, iż nie potwierdziło się naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

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

Orzekając o kosztach postępowania Izba oparła się na art. 192 ust. 9 oraz 10 ustawy Pzp. W oparciu o wskazane przepisy obciążyła nimi Odwołującego, stosownie do wyniku postępowania. Wśród kosztów postępowania odwoławczego Izba uwzględniła - stosownie do regulacji zawartej w § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym w sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) – koszty wpisu uiszczzonego przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz - stosownie do § 3 pkt 2) wskazanego rozporządzenia - koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 2 000 zł i koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę Izby w kwocie: 942, 88 zł wynikające z rachunków przedłożonych do akt sprawy przed zamknięciem rozprawy.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....