

Sygn. akt: KIO 926/11

WYROK
z dnia 13 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Członkowie: Ryszard Tetzlaff
Justyna Tomkowska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29.04.2011 r. przez wykonawcę **REMONDIS Tarnowskie Góry Spółka z o.o., ul. Nakielska 1-3, 42-600 Tarnowskie Góry** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Miasto Opole, Rynek – Ratusz, 45-015 Opole** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Interwencyjne porządkowanie terenów zieleni” (znak IM.PZP. II 3412-33/10)

przy udziale wykonawcy **Turhand-Ret Spółka z o.o., ul. Dworska 2B, 45-752 Opole** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. z uwzględnieniem wytycznych wyrażonych w uzasadnieniu niniejszego orzeczenia,

2. kosztami postępowania w wysokości 18 600,00 (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża **Miasto Opole, Rynek – Ratusz, 45-015 Opole** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **REMONDIS Tarnowskie Góry Spółka z o.o., ul. Nakielska 1-3, 42-600 Tarnowskie Góry,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600,00 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) przez **Miasto Opole, Rynek – Ratusz, 45-015 Opole** na rzecz **REMONDIS Tarnowskie Góry Spółka z o.o., ul. Nakielska 1-3, 42-600 Tarnowskie Góry** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 13 maja 2011 r. w sprawie KIO 926/11

Zamawiający – Miasto Opole, Rynek-Ratusz, 45-015 Opole prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Interwencyjne porządkowanie terenów zieleni” (znak IM.PZP. II 3412-33/10).

Szacunkowa wartość zamówienia jest większa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 01.03.2011 r. Zamawiający przekazał do publikacji ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich.

Ogłoszenie zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE z dnia 04.03.2011 r. Nr ogłoszenia 2011/S 44-072788.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **04.03.2011 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej.

W dniu **20.04.2011 r.** Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący w dniu 29.04.2011 r. złożył odwołanie od czynności Zamawiającego – Miasto Opole obejmujących wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. i zaskarżonej czynności zarzucił:

- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, polegające na nie wykluczeniu w toku postępowania Turhand - Ret Spółka z o.o. z tytułu nie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków opisanych przez Zamawiającego w instrukcji dla wykonawców i w konsekwencji nie spełnienia tych warunków mimo złożenia oświadczenia tej treści.
- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, polegające na nie odrzuceniu w toku postępowania oferty Turhand-Ret Spółka z o.o., tj. wykonawcy, który winien być wykluczony z procedury ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego,
- naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 2b i ust. 3 i 4 ustawy Pzp, polegające na nie wezwaniu Turhand - Ret Spółka z o.o. do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku posiadania doświadczenia i wiedzy przez podmiot udostępniający oraz dokumentu potwierdzającego udostępnienie potencjału wykonawcy ubiegającemu się o

udzielenie zamówienia i nie wyjaśnienie powstałych wątpliwości związanych z przedłożonymi wcześniej dokumentami w tym zakresie.

W związku z powyższym Odwołujący się wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wykluczenie i w konsekwencji odrzucenie oferty złożonej przez Turhand-Ret Spółka z o. o. w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art.: 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami reprezentacji, zgodnie z przedłożonym spisem kosztów.

Jednocześnie, z ostrożności procesowej Odwołujący wniósł, na wypadek nie uwzględnienia wniosku dotyczącego wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez Turhand-Ret Spółka z o.o., o nakazanie Zamawiającemu wszczęcia postępowania wyjaśniającego, w odniesieniu do treści dokumentów złożonych przez Turhand - Ret Spółka z o.o. celem potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia oraz wezwania wspomnianej Spółki do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku posiadania doświadczenia i wiedzy oraz dokumentu potwierdzającego faktyczne udostępnienie potencjału w powyższym zakresie wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia i powołującemu się na ten potencjał, jak również okazanie dokumentu potwierdzającego jego udział w realizacji przedmiotu zamówienia potwierdzającego de facto udostępnienie.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, iż Miasto Opole wszczęło postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Interwencyjne porządkowanie terenów zieleni”. Na mocy pisma z dnia 18.04.2011 r., oznaczonego nr: IM.PZP II 3412 - 33/10, Zamawiający poinformował odwołującego, że w toku postępowania przetargowego jw., za najkorzystniejszą uznano ofertę złożoną przez Turhand-Ret Spółka z o. o. z siedzibą w Opolu przy ul. Dworskiej 2B .

W ocenie Odwołującego rozstrzygnięcie Zamawiającego w tym względzie jest nieprawidłowe i sprzeczne z postanowieniami ustawy Pzp.

I. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w rozdziale pn.: WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA TYCH WARUNKÓW, w pkt 4 IDW, wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia potwierdzenia faktu dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia tj. dostępem do wyposażonej bazy technicznej z wolną linią telefoniczną i telefonem komórkowym, gwarantującą zabezpieczenie i podjęcie działań naprawczych:

1) usuwania wiatrołomów najpóźniej w ciągu 1 godziny od zgłoszenia konieczności ich usuwania,

2) wykonywania pozostałych prac objętych umową najpóźniej w ciągu 1 dnia po otrzymaniu informacji od „Zamawiającego” - Wydziału Ochrony Środowiska i Rolnictwa Urzędu Miasta Opola lub po otrzymaniu zgłoszenia od Straży Miejskiej w Opolu.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującego, każdorazowo, celem potwierdzenia spełnienia wspomnianego warunku, wykonawca zobowiązany był przedłożyć w ofercie oświadczenie w formie wykazu potencjału technicznego niezbędnego do realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Zgodnie z wolą Zamawiającego, warunek miał być uznany za spełniony w sytuacji, gdy wykonawca wykaże się dostępem do wyposażonej bazy technicznej z wolną linią telefoniczną i telefonem komórkowym, gwarantującą zabezpieczenie i podjęcie działań naprawczych (rozdział pn.: WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ NIEPODLEGANIA WYKLUCZENIU NA PODSTAWIE ART 24 UST I PRAWA, pkt 4.1 IDW). W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, iż jednocześnie w IDW wskazano, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (art. 26 ust.2b Pzp). W przypadku takim, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w celu wykazania potencjału technicznego, który udostępni mu inny podmiot, zobowiązany był załączyć do oferty pisemne zobowiązanie o jego udostępnieniu, wystawione przez podmiot udostępniający.

Odwołujący wskazał, że w złożonej przez siebie ofercie, Turhand - Ret Spółka z o.o., powołała się na potencjał podmiotu trzeciego wskazując jedynie, że dysponuje dostępem do wyposażonej bazy technicznej z wolną linią telefoniczną i telefonem komórkowym, gwarantującą zabezpieczenie i podjęcie działań naprawczych (wykaz dot. dysponowania potencjałem technicznym) nie przedkładając jednak stosownego oświadczenie podmiotu trzeciego o oddaniu potencjału do dysponowania.

Odwołujący wskazał ponadto, iż na mocy pisma z dnia 13.04.2011 r. oznaczonego numerem IM.PZP II 3412 - 33/10, Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wspomnianego wykonawcę do uzupełnienia oferty o oświadczenie podmioty trzeciego o oddaniu potencjału do dyspozycji. W odpowiedzi, Turhand - Ret Spółka z o.o., w oparciu o pismo z dnia 15.04.2011 r., oznaczone OP/2070/2011, przedłożyła oświadczenie TTI

INVENTEL S.A. w likwidacji z siedzibą w Opolu przy ul. Dworskiej 2B z dnia 08.04.2011 r. o oddaniu do dyspozycji niezbędnego potencjału technicznego w związku z realizacją zamówienia pn.: „Interwencyjne porządkowanie terenów zieleni”.

W ocenie Odwołującego z treści przywołanego oświadczenia w żaden sposób nie wynika, jaki potencjał udostępnia podmiot trzeci - w żaden sposób nie został on zidentyfikowany. Jak wskazał Odwołujący posłużono się jedynie zwrotem niezbędny potencjał, który w tym przypadku stanowi także inne wyposażenie, jak np.: piły i wobec braku możliwości stwierdzenia, co udostępnia podmiot trzeci, nie jest możliwym ocena, czy rzeczywiście wskazany przez wykonawcę potencjał podmiotu trzeciego, pozostaje rzeczywiście do jego dyspozycji. Okoliczność tę. Zdaniem Odwołującego, ocenić należy w kategoriach nie dołożenia przez wykonawcę należytej staranności, bowiem to na nim ciąży obowiązek dowiedzenia dysponowania potencjałem.

Mając na uwadze fakt, że Zamawiający zwrócił się już do wspomnianego Wykonawcy o uzupełnienie oferty o stosowne oświadczenie w tym zakresie, przywołując stanowisko doktryny oraz jednolite i utrwalone orzecznictwo Zespołów Arbitrów oraz Krajowej Izby Odwoławczej, Odwołujący stwierdził, że Miasto Opole utraciło możliwość uzupełnienia oferty, co do tej kwestii po raz wtóry, bowiem w każdym przypadku, z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 Pzp, skorzystać można jedynie raz.

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, uznać należy, że Turhand - Ret Spółka z o.o. nie spełniło wymogu Zamawiającego w zakresie posiadania potencjału technicznego, w związku z czym wykonawca ten winien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przy jednoczesnym uwzględnieniu przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 przywołanej ustawy, bowiem składając oświadczenie oznaczonej treści, złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania (vide wyrok KIO z 10.06.2009 r. sygn. akt: 666/09, 667/09, 668/09, 669/09, z 12.10.2009 r., sygn. akt: 1223/09 oraz 06.08.2010 r., sygn. akt: 1578/10). W konsekwencji; oferta Turhand - Ret Spółka z o.o. winna być odrzucona w toku postępowania, w oparciu o art.: 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

II. W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że Zamawiający w rozdziale pn.: WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA TYCH WARUNKÓW, w pkt 2 IDW, wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia faktu posiadania wiedzy i doświadczenia tj. wykazania, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonywali lub wykonują usługi na łączną kwotę minimum 300 000,00 zł. w zakresie porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji drzew.

W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, każdorazowo, celem potwierdzenia spełnienia wspomnianego warunku, wykonawca zobowiązany był przedłożyć

w ofercie oświadczenie, w formie wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem do wykazu dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Zgodnie z wolą Zamawiającego, warunek miał być uznany za spełniony w sytuacji, gdy wykonawca wykaże wykonanie lub wykonywanie usług na łączną kwotę minimum 300 000,00 zł. w zakresie porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji drzew (rozdział pn.: WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ NIEPODLEGANIA WYKLUCZENIU NA PODSTAWIE ART. 24 UST 1 PRAWA, pkt 2.1 IDW).

Jednocześnie wskazano, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. W przypadku takim, wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, w celu wykazania potencjału technicznego, który udostępni mu inny podmiot, zobowiązany był załączyć do oferty pisemne zobowiązanie o jego udostępnieniu, wystawione przez podmiot udostępniający. Powołując się na doświadczenie innego podmiotu, wykonawca zobowiązany był powołać się na jego udział w wykonywaniu części zamówienia. W tym, celu należało określić część zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone temu podmiotowi (patrz formularz Oferta Przetargowa p. 7).

Odwołujący wskazał, iż Turhand - Ret Spółka z o.o., w złożonym w ofercie wykazie wykonanych/wykonywanych usług, powołała się na potencjał podmioty trzeciego. Wnikliwa analiza tego dokumentu oraz przedłożonych referencji budzi jednak sporo wątpliwości co do faktu potwierdzenia spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie „porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji drzew”, podczas gdy z treści oferty Turhand - Ret Spółka z o.o., nie wynika wprost, aby podmiot ten legitymował się takim doświadczeniem. W pozycji 1 wykazu, wskazano sprzątnięcie w rejonie I Opola, w ramach którego, jak wynika z przedstawionych referencji, wykonywano usługi utrzymania czystości budynków i terenów zielonych (klatki schodowe, piwnice, strychy i suszarnie, chodniki, podwórza, drogi i zieleń). W pozycji 2, wskazano koszenie trawników w rejonie II i III Opola, co potwierdzono stosownymi referencjami. W tym

stanie rzeczy nie jest możliwe, w ocenie Odwołującego, bez wyjaśnienia tej kwestii, jednoznaczne ustalenie, czy wspomniany Wykonawca posiada wymagane doświadczenie i czy zakres świadczonych usług jest tożsamy z zakresem określonym w warunku.

Zdaniem Odwołującego kolejną kwestią, to czas świadczenia wspomnianych usług. Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonywali lub wykonują usługi „porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji drzew”. W pozycji 1 wykazu, wskazano na czasookres od 01.01.2007 r. do 30.06.2008 r. Z faktu tego, zdaniem Odwołującego, wynika jednoznacznie, że usługę świadczone w zakreślonym w IDW terminie jedynie przez okres 2 miesięcy, która to okoliczność przekłada się na drugą część postawionego warunku; aby wartość usługi potwierdzającej doświadczenie opiewała łącznie na równowartość minimum 300 000,00 zł. w zakresie porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji. Skoro usługa świadczona była de facto przez okres 2 miesięcy, to w ocenie odwołującego nie można jej przyporządkowywać wartości przypisanej całemu kontraktowi. Warunek ten nie będzie także spełniony w przypadku zsumowania wartości części wynagrodzenia za usługę z pozycji 1 i wynagrodzenia wskazanego za wykonanie usługi z pozycji 2 wykazu. W tym stanie rzeczy nie jest możliwe stwierdzenie, że oferta Turhand - Ret Spółka z o.o. czyni zadość wymaganiom Zamawiającego w tym zakresie.

W uzasadnieniu zostało ponadto podniesione, że Turhand - Ret Spółka z o.o. powołując się na potencjał podmiotów trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia, złożył jedynie ich oświadczenie w zakresie oddania go do dyspozycji, natomiast w żaden sposób nie wskazano udziału tych podmiotów w realizacji przedmiotu zamówienia mimo, że było to konieczne, na co wskazuje doktryna i orzecznictwo. Odwołujący podniósł także, że Zamawiający wymagał, aby określić część zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone podmiotowi udostępniającemu. W przypadku powoływania się i korzystania z doświadczenia i wiedzy podmiotu trzeciego, które to elementy stanowią bezwzględnie składniki przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym, nie będzie możliwe ich udostępnienie bez faktycznego zaangażowania w realizację zamówienia podmiotu legitymującego się wiedzą i doświadczeniem. Uczestnictwo to stanie się konieczne i może przybrać dowolną formę; współpracy, doradztwa, konsultacji, umowy lojalnościowej czy też podwykonawstwa. Zdaniem Odwołującego zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem doktryny, potwierdzonym jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie (KIO/UZP 1333/10, KIO/UZP 790/10, KIO/UZP 786/10; KIO/UZP 878/10); niewystarczającym będzie w przypadku wykonawcy powołującego się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu przedłożenie jedynie zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów. W sytuacji takiej zobowiązany będzie przedłożyć dokument w dowolnej formie, potwierdzający jego

udział w realizacji zamówienia. Sam fakt złożenia przez wykonawcę zobowiązania czy informacji o oddaniu do dyspozycji zasobów, bez wskazania uczestnictwa podmiotu udostępniającego w wykonaniu zamówienia, zdaniem Odwoływającego, Zamawiający będzie musiał potraktować jako okoliczność braku udowodnienia przez wykonawcę faktu dysponowania odpowiednim zasobem.

W ocenie Odwoływającego każdorazowo, gdy wykonawca będzie korzystał, nawet w najmniejszym stopniu, z zasobów innego podmiotu, będzie zobowiązany przedłożyć zamawiającemu dokument lub dokumenty obejmujące oświadczenie o fakcie korzystania z zasobów innego podmiotu. Jak wskazał Odwoływający w tym zakresie zgodny jest w swoich opiniach zarówno Urząd Zamówień Publicznych jak i Krajowa Izba odwoławcza, czemu dała wyraz w licznych uzasadnieniach do wydawanych orzeczeń (KIO/UZP 766/09, KIO/UZP 639/09, KIO/UZP 659/09, KIO/UZP 2558/10).

Zdaniem Odwoływającego niezbywalnym uprawnieniem każdego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jest powoływanie się na udostępnienie mu przez podmiot trzeci, na okres realizacji przedmiotu zamówienia, zasobów niezbędnych do jego wykonania. Z prawnego punktu widzenia; bez znaczenia pozostaje fakt wzajemnych relacji wykonawcy i udostępniającego. Podmioty te, mocą własnej woli, w granicach określonych min.: zasadą swobody umów, mogą dowolnie określić wzajemne prawa i obowiązki. W takich przypadkach tytułem prawnym do powoływania się przez wykonawcę na zasoby innego podmiotu będzie jego zobowiązanie do faktycznego tj.: rzeczywistego udostępnienia tego zasobu wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia.

Jak zostało wskazane w dalszej części uzasadnienia istotnym z punktu widzenia systemu zamówień publicznych jest zagadnienie obowiązku i sposobu dowiedzenia przez wykonawcę faktu dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym zakresie Ustawodawca przyjął zasadę ogólną, zgodnie z którą ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie (podmiocie), która z tego faktu wywodzi skutki prawne. Wspomniany obowiązek wynika nie tylko z literalnego brzmienia art: 26 ust.: 2b, ale również z dyspozycji art.: 14 ustawy w związku z art.: 6 kc, który odsyła do uregulowań kodeksowych w odniesieniu do czynności podejmowanych przez strony postępowania w przypadku braku odrębnej regulacji ustawowej w tym zakresie (lex specialis). Tak więc, wykonawca powołujący się na potencjał i zasoby innych podmiotów, na mocy ustawy, został zobowiązany do dowiedzenia faktu rzeczywistego dysponowania nimi przez okres realizacji przedmiotu zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza, analizując treść art.: 26 ust. 2b w ujęciu systemowym - na tle pozostałych przepisów ustawy, w swej interpretacji, zdaniem Odwoływającego, poszła jednak dalej. W uzasadnieniu wyroku w sprawie KIO/UZP 878/10 uznała za konieczne, aby wymóg udowodnienia faktu dysponowania zasobami na wypadek

korzystania z pomocy innych podmiotów winien był wyraźnie określony przez zamawiającego w ogłoszeniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie z treścią tego uzasadnienia: „(...)Art. 26 ust. 2a stanowi, bowiem że Wykonawca czyni to: „(..) na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym (...)”. Nie można bowiem domniemywać, że istnieją jeszcze inne warunki, nie podane w ogłoszeniu, czy też SIWZ. W konsekwencji opisując warunki udziału w postępowaniu zamawiający powinien zastrzec, że gdy Wykonawca zamierza polegać na zdolnościach podmiotów trzecich, musi udowodnić, w drodze wybranych przez siebie środków dowodowych, fakt dysponowania takimi zasobami na czas realizacji zamówienia. Na zasadzie analogii należy wskazać, że również obowiązek złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp mimo, że wynika bezpośrednio z art. 44 Pzp wymaga stosownego wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Dodatkowo, Izba zauważa, że zgodnie z art. 26 ust. 1 i 2 w zw. z art. 26 ust. 2 b Pzp, Zamawiający jest zobowiązany do żądania od Wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu powyżej „progów unijnych”, czyli dowodów stosownie do treści art. 26 ust. 2 b Pzp i jedynie uprawniony do takiego zachowania w postępowaniu poniżej „progów unijnych(...)”. W ocenie Odwołującego w istocie wykładnia wskazanych przepisów wprost wskazuje na ich nierozdzielalną więź i konieczność łącznej ich interpretacji. Dysponowanie wskazanymi w przepisie art.: 22 ust.: 2b zasobami musi być jednoznaczne i nie może być przedmiotem domniemania zamawiającego. Jak wskazano w uzasadnieniu odwołania teza taka jednoznacznie wynika z doktryny oraz orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej. Zgodnie z treścią uzasadnienia do wyroku w sprawie KIO/UZP 1333/10: „Cytowany przepis wymaga zatem udowodnienia przez wykonawcę zamierzającego skorzystać z zasobów należących do innego podmiotu, że będzie nimi dysponował, wskazując jako przykładowy sposób tego udowodnienia przedłożenie pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji tych zasobów”. Odwołujący podniósł, iż identyczne stanowisko zajęła Izba w sprawie KIO/UZP 1288/10. Zasadniczą kwestię stanowi konieczności faktycznego udowodnienia przez wykonawcę faktu dysponowania zasobami podmiotów trzecich. Ustawodawca w art.: 26 ust.: 2b nie determinuje metody czy też sposobu dowiedzenia tego; jedyne co czyni, to tytułem przykładu, na co wskazuje użyty zwrot w szczególności, wskazuje jedną z dopuszczalnych form w postaci pisemnego zobowiązania podmiotu oddającego do dyspozycji swoje zasoby i potencjał. Jak wskazał Odwołujący Krajowa Izba Odwoławcza w orzeczeniu wydanym w sprawie KIO/UZP 922/10, powołując się na wykładnię systemową, podkreśliła znaczenie pisemnego charakteru zobowiązania podmiotu trzeciego i uzasadniała, że: „Obowiązek prawny nałożony na wykonawcę przedstawienia Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, który będzie udostępniał zasoby wykonawcy, ma zabezpieczać Zamawiającego i interes publiczny przed działaniami wykonawców, którzy z naruszeniem

prawa chcieliby uzyskać zamówienie.". W ocenie Odwołującego z literalnego brzmienia przepisu wyraźnie jednak wynika, że w tym zakresie pozostawiono wykonawcom daleko idącą swobodę, która jednakże doznawać będzie ograniczeń wynikających z przyjętych pomiędzy wykonawcą a udostępniającym relacji prawnych oraz charakteru udostępnianej sfery. Zdaniem Odwołującego stanowisko to potwierdziła Izba min.: w uzasadnieniu do wyroku w sprawie KIO/UZP 1333/10. Wobec powyższego wykonawca, stosownie do okoliczność, tytułem potwierdzenia dysponowaniem zasobem podmiotów trzecich będzie uprawniony do przedłożenia zamawiającemu bądź to wspomnianego pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, o ile będzie ono wystarczające lub innego dokumentu, z treści którego wynikać będzie, że wykonawcy oddano do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Wspomniane dokumenty przybiorą różną formę umów nazwanych lub nienazwanych, stosownie do woli umawiających się stron i przyjętych zasad współpracy.

Treść dokumentu lub dokumentów potwierdzających okoliczność posługiwania się przez wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego, niezależnie od jego formy i wzajemnych relacji pomiędzy nimi, każdorazowo, zdaniem Odwołującego, zawierać musi przynajmniej minimalne dane pozwalające na identyfikację samych stron, zakresu udostępnienia oraz jego podstawę, zasady współpracy w związku z udostępnieniem oraz cel i czas udostępnienia oraz oświadczenie wykonawcy o zamiarze skorzystania z zasobów innego podmiotu w związku z realizacją przedmiotu objętego postępowaniem. W uzasadnieniu zostało ponadto wskazane, że podzielić należy stanowisko, zgodnie z którym na etapie kwalifikacji i wyboru oferty, wykonawcy mogą przedstawić umowy przedwstępne zawarte z podmiotami trzecimi. W przypadku wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy powołującego się na cudze zasoby, zamawiającemu, najpóźniej w dniu zawarcia umowy, winny być przez niego przedstawione umowy o udostępnienie, które wcześniej zostały przyrządzone. W przypadku ich nie przedstawienia należy rozważyć, czy nie zachodzi okoliczność niemożności skutecznego zawarcia umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Odwołujący wskazał na marginesie wskazał, że w rzeczonym postępowaniu, w przypadku oferty Turhand - Ret Spółka z o.o. referencje dla jednego z podmiotów udostępniających potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia wydał sam Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia.

Tytułem podsumowania Odwołujący stwierdził, że Turhand - Ret Spółka z o.o., nie potwierdził spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, bowiem nie przedstawił dokumentów, z treści których wynikałoby, że czyni mu zadość. Okazane dokumenty zawierają informacje niewystarczające dla pozytywnej weryfikacji w tym zakresie, ponadto ich treść winna budzić uzasadnione wątpliwości, które rozwiać można jedynie w drodze postępowania wyjaśniającego. W tym stanie rzeczy, w ocenie Odwołującego, za

uzasadnione uznać należy stanowisko, zgodnie z którym Zamawiający winien powstałe wątpliwości wyjaśnić w trybie art. 26 ust.4 pzp, natomiast w związku z faktem nie przedstawienia przez Turhand - Ret Spółka z o. o. dokumentów potwierdzających okoliczność wykonania lub wykonywania, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, usługi na łączną kwotę minimum 300 000,00 zł. w zakresie porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji drzew, wezwać ją do uzupełnienia oferty w oparciu o art. 24 ust. 3 pzp. Jak wskazał Odwołujący we wspomnianej ofercie zabrakło również dokumentu określającego zasady udostępnienia potencjału Wykonawcy przez podmiot trzeci i współpracy tych podmiotów w procesie realizacji przedmiotu zamówienia. W tym zakresie złożona oferta również wymaga uzupełnienia we wspomnianym trybie.

W uzasadnieniu zostało podniesione, że ogół wspomnianych wyżej argumentów wskazuje na naruszenie przez Zamawiającego przywołanych na wstępie postanowień ustawy Prawo zamówień publicznych a podniesione żądania czyni w tych okolicznościach zasadnymi.

Odwołujący wskazał na okoliczność, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem o wysoce sformalizowanym charakterze, wobec czego brak w nim miejsca na dowolność działań po stronie Zamawiającego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 22.07.2005 r., sygn. akt: V Ca 592/05).

W tym stanie rzeczy, zdaniem Odwołującego, odwołanie zasługuje na uwzględnienie a odwołujący wnosi jak w sentencji. Jednocześnie Remondis Tarnowskie Góry Spółka z o. o. oświadcza, że ma interes prawny w złożeniu niniejszego środka odwoławczego w związku z możliwością uzyskania zamówienia objętego postępowaniem, bowiem w wyniku naruszenia przywołanych wyżej przepisów, jego interes prawny doznał uszczerbku w możliwości ubiegania się o zamówieni i w konsekwencji faktycznie pozbawiając go możliwości jego realizacji.

W dniu **29.04.2011 r.** Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wniesieniu odwołania wezwał ich do zgłoszenia przystąpienia do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania.

W dniu 11.04.2011 r. swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Turhand-Ret Spółka z o.o. i wniósł o oddalenie odwołania.

Przystępujący wskazał m.in., iż Zamawiający w wezwaniu z dnia 13.04.2011 r. wskazał, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby w postaci bazy technicznej

należało złożyć w związku z brakującym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, który udostępnił bazę techniczną z wolną linią telefoniczną wraz z telefonem komórkowym. W odniesieniu do kwestionowanego przez Odwołującego faktu spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia wskazał, iż zgodnie z wymogami Zamawiającego przedłożył w ofercie wszystkie dokumenty, które wskazują na spełnienie tego warunku. Ponadto podniósł, iż w pkt 7 formularza ofertowego wskazał, jako podwykonawcę Zakład Usług porządkowych „ŁAD II” z udziałem w realizacji zamówienia poprzez wskazanie pkt 12-16 oferty przetargowej (formularza cenowego) oraz Zakład Usługowo-Handlowy „ART” wraz z udziałem w realizacji poprzez wskazanie pkt 1 oferty przetargowej (formularza cenowego).

Na etapie rozprawy Zamawiający przedłożył pismo zawierające odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. wskutek zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, stanowiskiem Przystępującego i Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący wykazał, iż w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania wykluczenia wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. i odrzucenie złożonej przez niego oferty ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż złożona przez Odwołującego oferta znajduje się na drugiej pozycji w oparciu o kryteria oceny ofert.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

W trzeciej kolejności Izba ustaliła, iż do postępowania wywołanego odwołaniem skutecznie przystąpił po stronie Odwołującego działając na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy wykonawca Turhand-Ret Spółka z o.o.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej przez Przystępującego w postępowaniu, korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia oraz ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 3 i 4 ustawy Pzp na skutek zaniechania wykluczenia wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. z tytułu nie przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków opisanych przez Zamawiającego w IDW i w konsekwencji nie spełnienia tych warunków oraz naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp na skutek nie odrzucenia w toku postępowania oferty wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba ustaliła, iż Zamawiający w Instrukcji dla Wykonawców w rozdziale zatytułowanym „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA TYCH WARUNKÓW”, w pkt 4 wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia potwierdzenia faktu dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia tj. dostępem do wyposażonej bazy technicznej z wolną linią telefoniczną i telefonem komórkowym gwarantującą zabezpieczenie i podjęcie działań naprawczych:

- 1) usuwania wiatrołomów najpóźniej w ciągu 1 godziny od zgłoszenia konieczności ich usuwania,
- 2) wykonywania pozostałych prac objętych umową najpóźniej w ciągu 1 dnia po otrzymaniu informacji od „Zamawiającego” - Wydziału Ochrony Środowiska i Rolnictwa Urzędu Miasta Opolu lub po otrzymaniu zgłoszenia od Straży Miejskiej w Opolu.

Jednocześnie w IDW Zamawiający wskazał, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. W takiej sytuacji, zdaniem Odwołującego, wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (art. 26 ust.2b Pzp).

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający w dziale IDW zatytułowanym „WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ NIEPODLEGANIA WYKLUCZENIU NA PODSTAWIE ART 24 UST I PRAWA” w pkt 4 (Dysponowanie potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia) w ppkt 4.1. wskazał, że: „W celu potwierdzenia spełnienia warunku dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia Zamawiający żąda złożenia oświadczenia w formie wykazu potencjału technicznego niezbędnego do realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. (...). W przypadku wykazania ww. potencjału technicznego, który udostępni inny podmiot, Wykonawca do wykazu załącza pisemne zobowiązanie do jego udostępnienia, wystawione przez podmiot udostępniający”.

Jak ustalono w oparciu o dokumentację postępowania wykonawca Turhand-Ret Spółka w złożonej w postępowaniu ofercie na str. 24 przedłożył dokument zatytułowany „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych”, gdzie jako adres bazy

technicznej została wskazana siedziba wykonawcy, tj. Turhand-Ret Spółka z o.o., ul. Dworska 2B, 45-752 Opole, zaś jako podstawa dysponowania została wskazana – umowa najmu.

W dalszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 13.04.2011 r. wezwał wykonawcę Turhand-Ret Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów wskazując, że wykonawca wykazał dysponowanie bazą techniczną z wolną linią telefoniczną i telefonem komórkowym gwarantującą zabezpieczenia i podjęcie działań naprawczych na podstawie umowy najmu. W dalszej części wezwania Zamawiający podniósł, iż w ofercie brak jest pisemnego zobowiązania do jej udostępnienia wystawionego przez podmiot udostępniający. Zamawiający wyznaczył wykonawcy termin na złożenia dokumentu do dnia 15.04.2011 r.

Przystępujący – Turhand-Ret Spółka z o.o. wraz z pismem z dnia 15.04.2011 r. przedłożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji Przystępującego w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wystawione przez TTI INVENTEL S.A. w likwidacji z siedzibą w Opolu, ul. Dworska 2B podpisane przez Ludwika Graczyka - Prezesa Zarządu w zakresie potencjału technicznego.

Izba w odniesieniu do argumentacji Odwołującego w zakresie powyższego zarzutu stwierdziła, iż nie podlega kwestionowaniu fakt, iż to na wykonawcy, który ubiega się o udzielenie zamówienia ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika z normy prawnej wyrażonej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Z analogiczną sytuacją mamy do czynienia w przypadku skorzystania przez wykonawcę z dobrodziejstw jakie daje instytucja unormowana w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest udowodnić, 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.

Zgodnie z warunkiem zawartym w pkt 4 IDW Zamawiający żądał „potwierdzenia faktu dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia tj. dostępem do wyposażonej bazy technicznej z wolną linią telefoniczną i telefonem komórkowym gwarantującą zabezpieczenie i podjęcie działań naprawczych”. Za dysponowanie należy uznać pewien stan faktyczny mający swoje źródło w określonym stosunku prawnym, jak również może ono być niezależne od takiego stosunku. Zgodnie z definicją zawartą w „Słowniku wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych” Władysława Kopalińskiego (wydanie ósme, Warszawa 1971 r., Wiedza Powszechna) pod pojęciem dysponowania należy rozumieć rozporządzanie czymś według uznania, wydawanie poleceń

(od łacińskiego *disponere*, tj. układać, dzielić, porządkować). Pojęcie to należy utożsamić z cywilistyczną instytucją posiadania uregulowaną w art. 336 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.). Zgodnie z powyższym przepisem posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). Zatem oba te pojęcia odnoszą się do władztwa nad rzeczą. I w takim znaczeniu należy traktować pojęcie „dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym” użyte przez Zamawiającego w Instrukcji dla Wykonawców.

Izba w składzie rozpatrującym niniejsze odwołanie podzieliła stanowisko Przystępującego wyrażone w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania, że z treści wezwania z dnia 13.04.2011 r. wynika, że wykonawca ten winien uzupełnić zobowiązanie w związku z brakującym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, który udostępnił Przystępującemu bazę techniczną z wolną linią telefoniczną wraz z telefonem komórkowym. Tym samym, w ocenie Izby, dokumenty te należy odczytywać łącznie. Biorąc zatem pod uwagę wykaz znajdujący się w ofercie wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. oraz wezwanie Zamawiającego z dnia 13.04.2011 r. nie zachodzi wątpliwość do którego z zasobów odnosi się uzupełnione przez Przystępującego zobowiązanie wystawione przez TTI INVENTEL S.A. w likwidacji z siedzibą w Opolu, ul. Dworska 2B. Siedziba tego podmiotu jest bowiem tożsama z siedzibą samego Przystępującego ujawniona w aktualnym odpisie KRS, jak również z miejscem położenia wskazanej w ofercie bazy technicznej. Wszakże w dołączonym do oferty wykazie Przystępujący jako podstawę dysponowania bazą techniczną wskazał umowę najmu.

Izba w oparciu o dostarczoną przez Zamawiającego dokumentację postępowania ustaliła, iż miejsce położenia wskazanej przez wykonawcę Turhand-Ret Spółka z o.o. bazy technicznej jest tożsame z siedzibą tego podmiotu, co jednoznacznie wynika z aktualnego odpisu KRS z dnia 14.03.2011 r. (str. 5 oferty) oraz złożonego na str. 24 oferty wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych.

Powyższa okoliczność, tj. fakt, iż zarówno podmiot uzupełniający swoje zasoby (TTI INVENTEL S.A.), jak również sam Przystępujący (Turhand-Ret Spółka z o.o.) jako miejsce siedziby wskazują miasto Opole, zaś adresem siedziby jest ulica Dworska 2B - miejsce położenia bazy technicznej nie jest okolicznością pozbawioną prawnego znaczenia. Zgodnie z art. 19b ust. 2 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 z późn. zm.) w przypadku, o którym mowa w ust. 1 (wraz z wnioskiem o wpis lub zmianę wpisu w rejestrze przedsiębiorców), do wniosku o pierwszy wpis do rejestru przedsiębiorców wnioskodawca dołącza w szczególności umowę spółki oraz dokument potwierdzający uprawnienie do korzystania z lokalu lub nieruchomości,

w których znajduje się jego siedziba. Zgodnie zaś z art. 17 ust. 1 ww. ustawy domniemywa się, że dane wpisane do Rejestru są prawdziwe.

Jak wynika z analizy Instrukcji Dla Wykonawców celem wykazania dysponowania żądanym przez Zamawiającego potencjałem technicznych każdy wykonawca winien przedłożyć wraz z ofertą, w przypadku powoływania się na dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego, oświadczenie w formie wykazu potencjału technicznego niezbędnego do realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami oraz pisemnego zobowiązania do jego udostępnienia, wystawionego przez podmiot udostępniający.

W ocenie Izby wykonawca Turhand-Ret Spółka z o.o. spełnił wymogi Zamawiającego sprecyzowane w Instrukcji dla Wykonawców. W dołączonym przez Przystępującego na str. 24 oferty wykazie została zawarta informacja o adresie położenia bazy technicznej, jak również została zawarta informacja o podstawie dysponowania tym zasobem (umowa najmu). Jednocześnie na skutek uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego został spełniony drugi z wymóg, tj. Przystępujący uczynił zadość żądaniu Zamawiającego wyrażonemu w wezwaniu z dnia 13.04.2011 r., aby do oferty dołączyć pisemne zobowiązanie do jego udostępnieniu wystawione przez podmiot udostępniający.

Nie ulega zatem wątpliwości, iż łączna analiza dostarczonych przez Przystępującego dokumentów (pierwotnie wraz z ofertą) oraz uzupełnionych na skutek wezwania Zamawiającego pozwala na ustalanie, iż Przystępujący posiada prawo dysponowania bazą techniczną na podstawie umowy najmu, które to prawo wynika z zawartego pomiędzy Przystępującym a podmiotem trzecim pisemnego zobowiązania udostępnienia tego zasobu na okres realizacji przedmiotu zamówienia.

Wobec powyższego Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia wskazanych powyżej zarzutów i nakazania Zamawiającemu z powyższych względów wykluczenia z postępowania wykonawcy Truhand-Ret Spółka z o.o. i w konsekwencji odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty, tudzież ewentualnie o wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W zakresie wskazanego w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 2b i ust. 3 i 4 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż Odwołujący w treści odwołania wskazał szereg przesłanek faktycznych uzasadniających naruszenie wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp. W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje na ścisłe powiązanie podniesionych w odwołaniu zarzutów z ich podstawą faktyczną, która powoduje, iż zarzuty te nie mogą być rozpatrywane przez Izbę w oderwaniu od ich podstawy, która jednocześnie stanowi podstawę faktyczną rozstrzygnięcia w zakresie niniejszego zarzutu. Tym samym każda z podstaw faktycznych winna być rozpatrywana odrębnie.

II. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 2b i ust. 3 i 4 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku posiadania doświadczenia i wiedzy przez podmiot udostępniający oraz dokumentu potwierdzającego udostępnienie potencjału wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia i nie wyjaśnienie powstałych wątpliwości związanych z przedłożonymi wcześniej dokumentami Izba uznała, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż Zamawiający w Instrukcji dla Wykonawców w rozdziale zatytułowanym „WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ OPIS SPOSOBU DOKONYWANIA OCENY SPEŁNIENIA TYCH WARUNKÓW”, w pkt 2 wskazał, iż wymaga aby wykonawcy w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wykazali się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonywał lub wykonuje usługi na łączną kwotę minimum 300 000,00 zł, w zakresie porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji drzew.

Po drugie Izba ustaliła, że Zamawiający w Instrukcji Dla Wykonawców w dziale zatytułowanym „WYKAZ OŚWIADCZEŃ I DOKUMENTÓW JAKIE MAJĄ DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKÓW UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU ORAZ NIEPODLEGANIA WYKLUCZENIU NA PODSTAWIE ART 24 UST I PRAWA” w pkt 2 (Niezbędna wiedza i doświadczenie) w ppkt 2.1. wskazał, że: „W celu potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia do wykonania zamówienia Zamawiający żąda złożenia oświadczenia w formie wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem termin składania ofert postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem do wykazu dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie”. Następnie Zamawiający określił, iż warunek ten zostanie uznany za spełniony jeżeli wykonawca wykaże wykonanie lub wykonywanie usług na łączną kwotę minimum 300 000,00 zł w zakresie porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji drzew. W przypadku wykazania doświadczenia, które udostępni inny podmiot Wykonawca do wykazu załącza pisemne zobowiązanie do udostępnienia tego doświadczenia wystawione przez podmiot udostępniający. Zamawiający w powyższym punkcie dookreślił również, iż: „Posługując się doświadczeniem innego podmiotu Wykonawca winien powołać się na jego udział w

wykonywaniu części zamówienia. W tym celu należy określić część zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone temu podmiotowi (patrz formularz Oferta Przetargowa p. 7)".

Na podstawie ogłoszenia o zamówieniu (sekcja IV, pkt 3.4.), Instrukcji dla Wykonawców (str. 14) oraz protokołu postępowania (Druk ZP-PN pkt 7) Izba ustaliła, że termin składania ofert upłynął dnia 11.04.2011 r.

Następnie Izba ustaliła, że wykonawca Turhand-Ret Spółka z o.o. w złożonej przez siebie ofercie na str. 17 przedłożył dokument zatytułowany „Wykaz usług wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie)” w którym wskazał w pozycji nr 1 usługę której przedmiotem było sprzątnięcie w rejonie I miasta Opola zrealizowaną na rzecz Gminy Opole w okresie od dnia 01.01.2007 – 30.06.2007 r. o wartości 306.090,54 zł oraz w okresie 01.03.2010 r. – 31.12.2010 r. o wartości 165.633,50 zł. W drugiej pozycji wskazał usługę, której przedmiotem było koszenie trawników w rejonie II i III zrealizowaną na rzecz Gminy Opole w okresie 30.04.2009 r. – 31.12.2009 r. o wartości 54.000,00 zł. Na str. 18 i 19 oferty zostały przedłożone zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia na rzecz Turhand-Ret Spółka z o.o. w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie wiedzy i doświadczenia odpowiednio przez następujące podmioty: Zakład Usług Porządkowych "ŁAD II" Alicja Broszkowska, ul. Ozimska 17/1, 45-057 Opole (str. 18 oferty) oraz Zakład Usługowo-Handlowy „ART” Joanna Opalacz-Honczek, ul. Wróblńska 25A, 45-022 Kępa.

Izba ponadto ustaliła, iż na str. 20-23 oferty wykonawca Turhand-Ret Spółka z o.o. przedłożył listy referencyjne potwierdzające, że usługi wskazane w wykazie usług zostały wykonane należycie.

Na str. 20 oferty został dołączony list referencyjny z dnia 22.01.2008 r., który został wystawiony przez Turhand-Ret Spółka z o.o. na rzecz Zakładu Usług Porządkowych ŁAD, z którego wynika iż ten ostatni wykonał w okresie od 01.01.2007 r. – 30.06.2008 r. usługi polegające na utrzymaniu w czystości budynków i terenów Gminy Opole na podstawie umowy Nr 227/2006 z dnia 23.11.2006 o wartości 306.090,54 zł brutto.

Na str. 21 oferty został dołączony list referencyjny z dnia 17.12.2010 r., który został wystawiony przez Turhand-Ret Spółka z o.o. na rzecz Zakładu Usług Porządkowych ŁAD, z którego wynika iż ten ostatni wykonał w okresie od 01.03.2010 r. – 31.12.2010 r. usługi polegające na utrzymaniu w czystości budynków i terenów Gminy Opole na podstawie umowy Nr 22/2010 z dnia 25.02.2010 o wartości 163.633,50 zł brutto.

Izba ustaliła również, iż wykonawca Turhand-Ret Spółka z o.o. w pkt 7 formularza ofertowego (str. 4 oferty) wskazał podmioty, którym zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia. Dla czynności wskazanych w pkt 12-16 oferty przetargowej (formularz cenowy)

został wskazany Zakład Usług Porządkowych „ŁAD II” Alicja Broszkowska, zaś dla czynności wskazanych w pkt 1 oferty przetargowej (formularz cenowy) został wskazany Zakład Usługowo-Handlowy „ART” Joanna Opalacz-Honczonek.

1. W odniesieniu do podniesieniowego w odwołaniu zarzutu, iż z treści oferty wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. nie wynika wprost, iż wykonawca ten legitymuje się doświadczeniem w zakresie porządkowania terenów/utrzymania czystości, koszenia trawników, wycinki/pielęgnacji drzew Izba uznała, że nie zasługuje on na uwzględnienie.

Na wstępie należy wskazać, że o faktycznej tożsamości przedmiotowej wskazanych przez wykonawcę usług z czynnościami składającymi się na przedmiot zamówienia nie świadczy sama tożsamość nazewnictwa użytego w poszczególnych dokumentach, zaś miejsce ich wykonywania (tereny zielone – pomieszczenia budynków) nie zawsze dyskwalifikują wykazane przez wykonawcę usługi. O adekwatności wykazanych usług z przedmiotem zamówienia decydują w pierwszej kolejności postanowienia SIWZ, zaś w przypadku wątpliwości lub rozbieżności interpretacyjnych zasady wykładni oświadczeń woli.

Zatem, jak zostało to wyżej wskazane, o uznaniu, iż wykazane usługi potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu decyduje ich charakter oraz sformułowane przez Zamawiającego w SIWZ żądanie w postaci warunku.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w Instrukcji dla Wykonawców nie wskazał, iż wykazane usługi muszą być tożsame z przedmiotem zamówienia. Określił, iż winny one obejmować porządkowanie terenów/utrzymanie czystości, koszenie trawników, wycinkę/pielęgnację drzew. Należy zauważyć, iż Odwołujący ocenę zakresu przedmiotowego wskazanych przez Przystępującego usług dokonał w oparciu o dołączone listy referencyjne. Tym samym Izba uznała, iż z ich treści nie sposób wywieść, że wskazane przez Przystępującego usługi nie obejmowały czynności wskazanych enumeratywnie w treści Instrukcji dla Wykonawców precyzującej warunki w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia. Należy w tym miejscu wskazać, iż pojęcia porządkowanie terenu/utrzymanie czystości są pojęciami bardzo pojemnymi. Sposób ich ujęcia w treści warunku wskazuje, że mamy w tym wypadku do czynienia z alternatywą (sumą logiczną).

Wobec powyższego Izba w składzie rozpatrującym niniejsze odwołanie uznała, iż z załączonych listów referencyjnych wynika, że usługi wskazane w pkt 1 wykazu usług zawartego na str. 17 oferty wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. obejmują czynności porządkowania terenów/utrzymania czystości, zaś usługi wskazane w pkt 2 powyższego wykazu obejmują czynności koszenia trawników oraz wycinki/pielęgnacji drzew. Z przedłożonych listów referencyjnych wynika bowiem, iż usługi te obejmowały sprzątanie klatek schodowych, piwnic strychów oraz suszarni, jak również utrzymanie czystości chodników, podwórek, dróg i zieleńcy w rejonie I miasta Opola (zrealizowanych przez Zakład

Usług Porządkowych ŁAD II), jak również wycinkę i przycinkę drzew oraz koszenie trawników i przycinanie żywopłotów (zrealizowanych przez Zakład Usługowo-Handlowy ART).

Tym samym, w ocenie Izby, usługi wskazane w wykazie usług znajdującym się w ofercie wykonawcy Truhand-Ret Spółka z o.o. potwierdzają pod względem przedmiotowym spełnienie przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

2. W odniesieniu do kwestionowanego przez Odwołującego okresu realizacji usług wykazanych w wykazie dołączonym do oferty wykonawcy Truhand-Ret Spółka z o.o. Izba uznała, iż zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów nie zasługuje na uwzględnienie w oparciu o powyższą przesłankę.

Należy na wstępie wskazać, iż za utrwalone zarówno w orzecznictwie, jak również ugruntowane w piśmiennictwie należy uznać stanowisko, że za spełniające warunek w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia traktuje się usługi zakończone (zrealizowane) lub realizowane we wskazanym przez Zamawiającego okresie. Celem wykazania spełnienia warunku nie jest konieczne rozpoczęcie i zakończenie realizacji usługi w wymaganym okresie. Na powyższe wskazuje fakt, iż za prawidłowo wykonaną, a więc należycie zrealizowaną usługę uznaje się taką, która została zakończona i odebrana – a czynności te mieszczą się w okresie wskazanym przez Zamawiającego w SIWZ.

Po pierwsze należy wskazać, iż Odwołujący swoją argumentację opiera na błędnym założeniu, iż za spełniające warunek udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej wiedzy i doświadczenia zostaną uznane jedynie usługi, które rozpoczęły się i zakończyły w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Wynika to z faktu, iż Odwołujący w treści odwołania w zakresie usługi realizowanej w okresie 01.01.2007 r. – 30.06.2008 r. wykazuje, iż usługę tę realizowano w żądanym przez Zamawiającego okresie jedynie przez okres 2 miesięcy i tym samym wywodzi, iż nie można zaliczyć wartości całego kontraktu.

Izba wskazuje, iż sposób rozumienia warunku determinowany jest przez treść rozporządzenia wykonawczego wydanego w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Zatem powyższe założenie stoi w sprzeczności z uregulowaniami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817) jak również z utrwalonym poglądem doktryny i orzecznictwa. Jak wynika z § 1 ust. 1 pkt 3 ww. rozporządzenia zamawiający, w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, może żądać m.in. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, dostaw lub usług (...) z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i

odbiorców (...). Oznacza to, iż wskazane w wykazie usługi winny być wykonane – a więc zakończone w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert – nie zaś rozpoczęte i zakończone w tym okresie. Ponadto wykonawca winien wskazać daty wykonania, nie zaś rozpoczęcia i zakończenia, bądź też daty wykonywania. Takie rozumienie powyższego zapisu wynika z jego literalnej treści, jak również z utrwalonego w tym zakresie orzecznictwa. Oznacza to, że dla wykazania doświadczenia należy wykazać się wykonaniem w ciągu ostatnich trzech latach usługi, która mogła rozpocząć się wcześniej niż w ciągu ostatnich 3 lat. Biorąc pod uwagę powyższe twierdzenia należy wskazać, iż przywołane przez Odwołującego dowody w postaci wykazu usług zawartego w ofercie wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. nie sposób uznać za wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 26 ust. 2b i ust. 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż dowodzona przez Odwołującego teza jest oparta na błędnym założeniu.

Zamawiający termin składania ofert określił na dzień 11.04.2011 r. a więc 3 letni okres, w trakcie którego winny zakończyć się lub być realizowane usługi obejmował czas od dnia 11.04.2008 do dnia 11.04.2011 r. Biorąc pod uwagę treść wykazu zawartego na str. 17 oferty wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. wszystkie wskazane w powyższym wykazie usługi zostały zakończone w wymaganym przez Zamawiającego czasookresie.

Wobec powyższego Izba uznała, iż zarzut naruszenia powyższych przepisów w oparciu o wskazane wyżej przesłanki faktyczne nie zasługuje na uwzględnienie.

3. W odniesieniu do wskazanego przez Odwołującego braku określenia w ofercie wykonawcy Truhand-Ret Spółka z o.o. udziału podmiotów udostępniających swój potencjał w realizacji przedmiotu zamówienia Izba uznała, iż zarzut naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów nie zasługuje na uwzględnienie w oparciu o powyższą przesłankę.

Po pierwsze Odwołujący wskazał, iż na konieczność wskazania udziału podmiotów udostępniających swój potencjał w realizacji przedmiotu zamówienia wskazuje doktryna i orzecznictwo. Odwołujący w ramach tego zarzutu nie odnosi się do postanowień SIWZ oraz Instrukcji dla Wykonawców, jak również załączników do tychże dokumentów. Nie odnosi się w ramach powyższego zarzutu również do najistotniejszego dokumentu jakim jest formularz cenowo-ofertowy dołączony do oferty wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o.

Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania, iż zgodnie z utrwalonym już stanowiskiem doktryny, potwierdzonym jednolitym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej w tym zakresie niewystarczającym będzie, w przypadku wykonawcy powołującego się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu, przedłożenie jedynie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Zadaniem Odwołującego w sytuacji takiej zobowiązany będzie przedłożyć dokument w dowolnej formie, potwierdzający jego udział w realizacji zamówienia.

W odniesieniu do powyższych twierdzeń skład orzekający Izby wskazuje, iż w odniesieniu do instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp brak jest, wbrew twierdzeniom Odwołującego, w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolitego stanowiska. Jedną z linii orzeczniczych stoi za stanowiskiem, iż celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest przedłożenie dowolnego dokumentu wskazującego, iż podmiot trzeci udostępnia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia publicznego swoje zasoby. W ramach drugiego poglądu w takim wypadku, celem zapewnienia ochrony interesów podmiotu zamawiającego, konieczne jest wykazanie w jakiegokolwiek formie udziału tego podmiotu w części lub całości zamówienia. Odwołujący skłania się do najdalej idącego z poglądów, z którego wynika iż wykonawca winien już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określić ramy tejże współpracy i przedstawić dokument potwierdzający udział takiego podmiotu w realizacji przedmiotu zamówienia, tj. umów nazwanych lub nienazwanych (np. w postaci umowy przedwstępnej). W ocenie Odwołującego treść dokumentów każdorazowo zawierać musi przynajmniej minimalne dane pozwalające na identyfikację samych stron, zakresu udostępniania oraz jego podstawę, zasady współpracy w związku z udostępnianiem oraz cel i czas udostępniania, jak również oświadczenie wykonawcy o zamiarze skorzystania z zasobów innego podmiotu w związku z realizacją przedmiotu objętego postępowaniem (str. 8 odwołania). W tym zakresie Odwołujący określa szczegółowe wymogi dla dowodów, które mają potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

Izba w składzie rozpatrującym niniejsze odwołanie wskazuje, iż postulat Odwołującego, aby do oferty wykonawcy zostały dołączone dokumenty wskazujące na charakter więzi pomiędzy wykonawcą korzystającym z zasobów innego podmiotu to takie żądanie stoi w sprzeczności z treścią normy prawnej wyrażonej w zdaniu pierwszym art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który stanowi, że: „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, że 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”.

W odniesieniu do powyższego przepisu należy wskazać na wstępie, iż z punktu widzenia skuteczności polegania na zasobach innych podmiotów bez znaczenia pozostaje

fakt, jakiego rodzaju charakter prawny wzajemnych stosunków łączy wykonawcę z podmiotami, na których zasobach on polega. Z punktu widzenia skuteczności złożonego przez podmiot trzeci zobowiązania bez znaczenia są prawne relacje podmiotów związanych stosunkiem mającym swoje źródło w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp.

W zakresie udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w zasadzie za wystarczające należy uznać samo zobowiązanie złożone przez takie podmioty i wykazanie przez wykonawcę, że podmioty te dysponują faktycznie zasobami, które zobowiązują się udostępnić na okres realizacji zamówienia.

Istotne znaczenie w kwestii oceny skuteczności takiego zobowiązania na etapie badania przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma użycie w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp zwrotu „(...) będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (...)”. Użycie w tym wypadku przez ustawodawcę trybu przypuszczającego wskazuje, iż do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia.

Tym samym na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego poza formalnym przyrzeczeniem oddania do dyspozycji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zasobów, zawartym w oświadczeniu lub innego rodzaju pisemnej deklaracji, brak jest konieczności wykazania przez wykonawcę, iż już na tym etapie dysponuje on faktycznie tymi zasobami w sposób zapewniający jego zdolność realizacji zamówienia. Wszakże istotą instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest rozszerzenie kręgu podmiotów spełniających warunki udziału w postępowaniu, bez konieczności zaciągania przez te podmioty już na etapie ubiegania się o zamówienia publiczne wiążących zobowiązań. Dopiero wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego powodują, iż zachodzi konieczność zapewnienia przez podmiot, któremu udzielono zamówienia, realnej zdolności do realizacji przedmiotu zamówienia.

Żądanie Odwołującego dookreślenia i sprecyzowania stosunku prawnego łączącego wykonawcę i podmiot udostępniający swoje zasoby zostało wprost wyłączone przez ustawodawcę jako irrelevantna okoliczność umożliwiająca skorzystanie z powyższej instytucji prawnej.

Zatem jeżeli sam ustawodawca daje wprost wykonawcy prawo do skorzystania z instytucji unormowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp niezależnie od charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem (mogących mieć przykładowo postać współpracy, konsultacji, podwykonawstwa, joint venture) to uzależnianie prawa skorzystania

z tejże konstrukcji na etapie ubiegania się o zamówienie, mającej na celu wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, od takiego wymogu, tj. przedstawienia dokumentu obrazującego stosunek zobowiązaniowy tych podmiotów jest działaniem pozbawionym podstaw prawnych. Zatem postulat Odwołującego, że w takiej sytuacji konieczne jest przedłożenie w dowolnej formie innego, poza samym zobowiązaniem podmiotu trzeciego, dokumentu potwierdzającego jego udział w realizacji zamówienia nie może zasługiwać na uwzględnienie. Jako przykładowe formy Odwołujący wskazał w uzasadnieniu odwołania (str. 6) umowy współpracy, doradztwa, konsultacji, umowy lojalnościowej czy też podwykonawstwa. Odwołujący podniósł również w uzasadnieniu (str. 7), iż z literalnego brzmienia przepisu wyraźnie jednak wynika, że w tym zakresie pozostawiono wykonawcom daleko idącą swobodę, która jednakże doznawać będzie ograniczeń wynikających z przyjętych pomiędzy wykonawcą a udostępniającym relacji prawnych oraz charakteru udostępnianej sfery.

Izba w odniesieniu do powyższego stanowiska wskazuje, iż relacje prawne istniejące pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym swoje zasoby nie mają wpływu na możliwość skorzystania z instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Trudno sobie również wyobrazić sytuację, gdy charakter udostępnionych zasobów stawałby przed wykonawcą wyższe wymagania dowodowe w tym zakresie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż po pierwsze Zamawiający nie żądał, poza samym zobowiązaniem, przedłożenia innych dokumentów wskazujących na charakter więzi pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym swoje zasoby. Po drugie Przystępujący dołączył wraz z ofertą wymagane przez Zamawiającego zobowiązanie, wykaz wykonanych usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyłą realizację oraz wskazał udział podmiotów udostępniających swoją wiedzę w realizacji poszczególnych części zamówienia.

Należy jednoznacznie wskazać, iż Zamawiający żądał od wykonawców, oprócz zobowiązania innego podmiotu, również konieczności powołania się na jego udział w wykonywaniu poszczególnych części zamówienia. W tym celu Zamawiający żądał określenia części zamówienia, której wykonanie zostanie powierzone temu podmiotowi odsyłające w tej materii do pkt 7 formularza ofertowego.

W ocenie Izby wykonawca Turhand-Ret Spółka z o.o. uczynił zadość żądaniom Zamawiającego dołączając zobowiązania podmiotów udostępniających swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia, dołączając wykaz usług i listy referencyjne wystawione na rzecz wskazanych powyżej podmiotów, jak również precyzując w pkt 7 formularza

ofertowego zakres czynności, które zamierza im powierzyć do wykonania jako podwykonawcom w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Tym samym Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

III. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie wątpliwości związanych z przedłożonymi wraz z ofertą dokumentami Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Izba dokonała w zakresie powyższego zarzutu analogicznych ustaleń, jak w zakresie zarzutu opisanego w pkt II niniejszego odwołania.

Izba wskazuje na wstępie, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp dotyczący zaniechania wezwania wykonawcy Truhand-Ret Spółka z o.o. w związku z wątpliwościami dotyczącymi wartości i czasu realizacji usług wskazanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia był przedmiotem odwołania. Wobec powyższego Izba nie uwzględniła podniesionych przez Zamawiającego i Przystępującego wniosków, aby pominąć powyższy zarzut i pozostawić go bez rozpoznania. Odwołujący podtrzymał na rozprawie powyższy zarzut wskazując jedynie jakie okoliczności przemawiają za jego uwzględnieniem, w tym wskazał na okoliczność, że data wystawienia referencji znajdujących się na str. 20 i 21 oferty Przystępującego jest wcześniejsza niż data zakończenia realizacji usługi i wobec powyższego zachodzi wątpliwość, dla jakiej wartości usług zostało potwierdzone ich należyte wykonanie.

Zdaniem Izby wskazane przez Odwołującego okoliczności mogą budzić uzasadnione wątpliwości w przedmiocie oceny spełnienia przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Izba podzieliła w tym zakresie stanowisko Odwołującego, który wskazał, iż w szczególności zachodzi wątpliwość, czy potwierdzone listami referencyjnymi na dzień ich wystawienia usługi obejmują swoją wartością zakres prac wymagany przez Zamawiającego, tj. o łącznej wartości 300.000,00 zł.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Izba wskazuje, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego cechuje jawność oraz pisemność. Powyższe zasady, wyrażone w art. 8 ust. 1 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, stoją na przeszkodzie uznania podniesionego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy argumentu, iż ten ostatni posiada wiedzę na temat realizacji wskazanych przez Przystępującego usług, gdyż zarówno Turhand-Ret Spółka z o.o., jak również ZGM w Bytomiu działały jako pełnomocnicy Zamawiającego. Wiedza Zamawiającego na temat okoliczności związanych z przebiegiem realizacji usług zleconych poszczególnym wykonawcom nie jest wiedzą powszechną i nie

zwalnia Zamawiającego z konieczności wykazania w toku konkretnego postępowania wobec innych jego uczestników faktów mających istotne znaczenie dla wyniku tego postępowania.

Przeciwnie działaniem stanowiłoby rażące odstępstwo od zasady jawności i pisemności postępowania. Powoduje to również, iż Zamawiający winien w celu wyjaśnienia i udokumentowania czynności wyjaśniania wątpliwości wystąpić do wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. z wnioskiem na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zaś w przypadku braku wyjaśnienia istniejących wątpliwości wezwać do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Wszakże w toku rozprawy Przystępujący potwierdził, iż wartości wskazane w listach referencyjnych znajdujących się na str. 20 i 21 nie dotyczą okresu z dnia wystawienia referencji, lecz obejmują wartość całej umowy.

Należy wskazać, co wynika ze stanowiska Zamawiającego podniesionego w odpowiedzi na odwołanie, iż zarówno Zamawiający, jak również Przystępujący posiadają wiedzę co do wartości i sposobu realizacji umów wskazanych przez Przystępującego w wykazie znajdującym się na str. 17 oferty oraz potwierdzonych listami referencyjnymi znajdującymi się na str. 20-23. Wiedza taką nie dysponują pozostali wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, w tym Odwołujący. Oznacza to, iż Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe przemawia za uznaniem, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło, na skutek naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec faktu, iż Izba stwierdziła naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wskazać należy, iż wpływ na stwierdzenie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mają motywy jakimi kierował się Zamawiający odstępując od obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający podniósł bowiem, iż dysponuje wiedzą dotyczącą zamówień wskazanych przez Przystępującego na potwierdzenie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Biorąc pod uwagę wskazane w pkt III uzasadnienie dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp należy wskazać, iż nie sposób byłoby uznać za realizację norm wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp różnicowanie sytuacji wykonawców, którzy posiadają wiedzę w tym zakresie, od sytuacji wykonawców którzy takiej wiedzy nie posiadają. Stawianie na uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy realizowali na rzecz Zamawiającego określone usługi i odstąpienie od stosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp tylko dlatego, że wiedza taka jest dostępna również Zamawiającemu stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania podmiotów znajdujących się w identycznej sytuacji, tj. takich podmiotów których celem jest uzyskanie zamówienia i prawo weryfikacji oferty konkurencyjnej pod względem jej poprawności i zgodności z postanowieniami SIWZ.

W ocenie Izby wykładnia celowościowa normy prawnej wyrażonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przemawia za tym, aby hipotezą tej normy prawnej objąć każdą sytuację, która powoduje, że wykonawca na skutek nie dołączenia dokumentów nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaś hipotezą normy prawnej wyrażonej w art. 26 ust. 4 ustawy Pzp należy objąć każdą sytuację, w której dokumenty dołączone do oferty nie wskazują, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wszakże ocena ofert w toku postępowania dokonywana jest przez podmioty zamawiające w oparciu o treść oferty i dokumenty do niej dołączone, nie zaś w oparciu o posiadaną przez Zamawiającego wiedzę, która nie jest wiedzą powszechnie dostępną i którą nie dysponują pozostali uczestnicy postępowania przetargowego.

Tym samym Izba uznała, iż przedstawione wyżej okoliczności wskazują, iż potwierdził się podniesiony przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Podyktowane jest to faktem, iż w odniesieniu do dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia Zamawiający nie prowadził wobec wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. postępowania wyjaśniającego, jak również nie korzystał z instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż Zamawiający wykonując niniejsze orzeczenie zobligowany jest do wezwania na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp wykonawcy Turhand-Ret Spółka z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia lub w zależności od wyników powyższej czynności zobowiązany jest do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie. Alternatywnie Zamawiający może dokonać zadość powyższemu jedną czynnością i pozostawić wykonawcy swobodę w możliwości skorzystania z którejkolwiek instytucji (art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp) w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Na marginesie należy wskazać, w odniesieniu do wskazanego przez Odwołującego faktu, iż referencje dla jednego z podmiotów udostępniających swój potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia wydał sam Przystępujący, że okoliczność ta nie powoduje baku możliwości posłużenia się takim dokumentem w postępowaniu. O powyższym fakcie decydują jednak określone okoliczności, w tym specyficzne relacje pomiędzy poszczególnymi podmiotami. Jak wskazał sam Zamawiający w toku rozprawy oraz w dopowiedzi na odwołanie wystawcy przedmiotowych listów referencyjnych, tj. Turhand-Ret Spółka z o.o. oraz ZGM w Bytomiu działali jako pełnomocnicy Zamawiającego, zaś pośrednim zleceniodawcą tychże usług był sam Zamawiający.

Istotą referencji jest potwierdzenie należytego wykonania usługi. W ocenie Izby nic nie stoi na przeszkodzie, aby referencje te wystawił sam wykonawca, jeżeli był bezpośrednim zleceniodawcą usług realizowanych przez inne podmioty.

Dokument taki jest oświadczeniem wiedzy podmiotu, który jest jego wystawcą i dokumentuje on pewien stan faktyczny mający na celu potwierdzenie należytego wykonania określonego zobowiązania. Tym samym jeżeli w dołączonym przez wykonawcę Turhand-Ret Spółka z o.o. wraz z ofertą wykazie zostały ujęte pewne usługi zrealizowane przez Zakład Usług Porządkowych ŁAD II, jak również Zakład Usługowo-Handlowy ART to potwierdzić należyte zrealizowanie tychże usług może podmiot bezpośrednio je zlecający.

Ponadto na marginesie należy również wskazać, w odniesieniu do twierdzeń Odwołującego podniesionych w toku rozprawy, iż nie jest konieczne użycie w treści listu referencyjnego zwrotu „należycie wykonane” aby uznać taki dokument za właściwy i spełniający wymogi rozporządzenia wykonawczego wydanego w oparciu o art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Z treści referencji znajdujących się na str. 20 i 21 oferty wykonawcy Tuehand-Ret Spółka z o.o. wynika, iż ujęte tam usługi wykonano zgodnie z umową. Wobec powyższego jeżeli jedna ze stron stosunku zobowiązaniowego potwierdza wykonanie świadczenia zgodnie z treścią danego stosunku mamy do czynienia z należyтым wykonaniem zobowiązania, w rozumieniu art. 354 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, który stanowi, że dłużnik powinien wykonać zobowiązanie zgodnie z jego treścią (...).

IV. W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż nie doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W niniejszym postępowaniu doszło do wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, której to czynności nie należy utożsamiać z udzieleniem zamówienia w rozumieniu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie zakazu.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 w związku z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 ust. 4.

Izba uwzględniła wnioskowane przez Odwołującego koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości wskazanej w § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....