

Sygn. akt KIO 995/15

Sygn. akt KIO 996/15

WYROK

z dnia 25 maja 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący – członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Rafał Komoń**

Po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 maja 2015 r.** w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 maja 2015 r.:**

- I. przez wykonawcę: **J. W., K. W.-K., G. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **"ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.WO. s.c., ul. G. Zapolskiej 57 lok 41, 93 - 256 Łódź (sygn. akt KIO 995/15),**
- II. przez wykonawcę: **J. W., K. W.-K., G. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **"ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c., ul. G. Zapolskiej 57 lok 41, 93 - 256 Łódź (sygn. akt KIO 996/15)**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, ul. Konstantynowska 8/10, 94-303 Łódź,** przy udziale wykonawców:

- A. **Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o., ul. Warecka 3, 91-202 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (**sygn. akt KIO 995/15**)
- B. **KTU- Zieleń Sp. z o.o., ul. Warecka 3, 91-202 Łódź** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (**sygn. akt KIO 996/15**)

orzeka:

- I.1. Oddala odwołanie wykonawcy: **J. W., K. W.-K., G. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **"ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c., ul. G. Zapolskiej 57 lok 41, 93 -256 Łódź (sygn. akt KIO 995/15),**
- I.2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **J. W., K. W.-K., G. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **"ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c., ul. G. Zapolskiej 57 lok 41, 93 -256 Łódź (sygn. akt KIO 995/15),**

I.2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **J. W., K. W.-K., G. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **"ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c., ul. G. Zapolskiej 57 lok 41 93 -256 Łódź (sygn. akt KIO 995/15)** tytułem wpisu od odwołania,

II.1. Oddała odwołanie wykonawcy: **J. W., K. W.-K., G. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **"ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c., ul. G. Zapolskiej 57 lok 41, 93 -256 Łódź (sygn. akt KIO 996/15),**

II.2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **J. W., K. W.-K., G. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **"ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c., ul. G. Zapolskiej 57 lok 41, 93 -256 Łódź (sygn. akt KIO 996/15),**

II.2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **J. W., K. W.-K., G. K.** prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą **"ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c., ul. G. Zapolskiej 57 lok 41, 93 -256 Łódź (sygn. akt KIO 996/15)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 995/15

Sygn. akt: KIO 996/15

U z a s a d n i e n i e:

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018” z podziałem na 10 części (Dz. Urz. UE Nr 2015/S 009-011269 z 14.01.2015 r.), w dniu 14 maja 2015 r. zostały wniesione następujące pisemne odwołania w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie:

- I. przez wykonawcę: J. W., K. W.-K., G. K. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą "ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt KIO 995/15) w zakresie części 7 zamówienia - Zdrowie Redkinia (sygn. akt KIO 995/15),
- II. przez wykonawcę: J. W., K. W.-K., G. K. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą "ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c. z siedzibą w Łodzi (sygn. akt KIO 996/15) w zakresie części 2 zamówienia – Dolina Łódki (sygn. akt KIO 996/15),

Wniesienie odwołań nastąpiło skutkiem powiadomienia drogą elektroniczną dnia 4 maja 2015 r. o wybraniu ofert wykonawców do realizacji zamówienia:

1. na część 7 zamówienia Zdrowie- Redkinia - Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego Sp. z o.o. ul. Warecka 3, 91-202 Łódź, dalej także „ŁPO”
2. na część 2 zamówienia - Dolina Łódki - KTU- Zieleń Sp. z o.o., ul. Warecka 3, 91-202 Łódź, dalej także „KTU”.

Odwołujący wobec podjętych czynności i zaniechań czynności nakazanych ustawą zarzucił zamawiającemu: Miastu Łódź Zarządowi Zieleni Miejskiej w Łodzi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907), dalej zwaną „ustawą Pzp.”

Na wezwanie zamawiającego z dnia 14 maja 2015 r. w dniu 18 maja 2015 r. pisemne zgłoszenia do postępowania odwoławczego, w kopii przesłane stronom złożyli wykonawcy:

- A. Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o., ul. Warecka 3, 91-202 Łódź zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 995/15) – w zakresie części 7;
- B. KTU- Zieleń Sp. z o.o., ul. Warecka 3, 91-202 Łódź zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 996/15), w zakresie części 2.

- którzy wnosili o oddalenie odwołań i powołali się na swój interes utrzymania w mocy czynności zamawiającego polegających na wyborze ich ofert do realizacji zamówienia.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia ww. odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić wykonawców Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. oraz KTU- Zieleń Sp. z o.o. do rozpoznawanych łącznie postępowań odwoławczych, uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych zostały wykazane, w zakresie w jakim wymienieni wykonawcy bronili własnych ofert.

Sygn. akt: KIO 995/15

Odwołujący: J. W., K. W.-K., G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W. s.c. z siedzibą w Łodzi zarzucał zamawiającemu Miastu Łódź Zarządowi Zieleni Miejskiej w Łodzi naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj.:

1. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz
2. art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

- poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego Sp. z o.o. na część 7- Zdrowie Retkinia, pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu część 7 - Zdrowie Retkinia,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) oraz wykluczenie wykonawcy Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. z udziału w postępowaniu w zakresie części 7 - Zdrowie Retkinia.

Na wstępie odwołujący podał, że posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Gdyby zamawiający dokonał prawidłowej czynności badania i oceny ofert, wówczas wykluczyłby z udziału w postępowaniu wybranego wykonawcę. Tym samym odwołujący miałby szansę uzyskania zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz uzyskałby największą ilość punktów w kryterium cena i jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. W przekonaniu odwołującego - działania zamawiającego naruszają jego usprawiedliwiony interes ekonomiczny oraz skutkują powstaniem po jego stronie szkody w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający dokonał wadliwej czynności badania i oceny ofert, które to czynności doprowadziły do nieprawidłowego uznania, że oferta wykonawcy Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi jest ofertą najkorzystniejszą oraz odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a w konsekwencji nastąpił wybór tej oferty jako najkorzystniejszej pomimo braku ku temu podstaw faktycznych i prawnych (część 7 Zdrowie - Retkinia).

Zarzut I. Dotyczący naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp - odwołujący przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia

W przypadku, gdy wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, może on polegać na zasobach podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji zobowiązany jest jednak udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Nadto, w niniejszym postępowaniu, zamawiający, korzystając z uprawnień przewidzianych rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, zastrzegł (pkt. 6.2 SIWZ) co następuje:

„6.2. Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust 1 Ustawy PZP polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust 2b, winien złożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów zawierające, oprócz informacji o podmiocie udostępniającym i przyjmującym zasoby, co najmniej:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,"

Zamawiający, w toku oceny i badania ofert uznał, że załączone do oferty dokumenty nie potwierdzają spełniania przez Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym pismem z dnia 13 marca 2015 r. wezwał wybranego wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia złożonej oferty o

dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, pismem z dnia 20 marca 2015r. Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. przedstawiło nowy wykaz usług wraz z nowymi dowodami - referencje oraz zobowiązanie podmiotu KTU - Zieleń sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi o udostępnieniu na jego rzecz posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu tego zamówienia.

Z treści opisanego powyżej, a złożonego przez ŁPO w ramach uzupełnienia oferty z dnia 20 marca 2015 r. zobowiązania ww. podmiotu trzeciego - KTU Zieleń sp. z o.o. w ocenie odwołującego - nie wynika, jednak że udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia ma rzeczywisty i realny charakter oraz czy nie służy wyłącznie do formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, z uwagi na następujące okoliczności.

W treści zobowiązania nie wskazano:

- sposobu w jaki zostanie udostępnione doświadczenie podmiotu trzeciego wybranemu wykonawcy,
- brak jest także określenia:
 - a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
 - b) sposobu wykorzystania zasobu innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,
 - c) charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem
 - d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Tymczasem, zgodnie z treścią ww. pkt. 6.2. SIWZ zamawiający wyraźnie żądał od wykonawców wskazania w treści zobowiązania ww. elementów.

Odwołujący powołał się na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone m. in. w wyroku z dnia 28 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO1670/14 *„Treść pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego powinna wskazywać na realne zobowiązanie podmiotu trzeciego do faktycznego udostępnienia wykonawcy określonego zasobu, ale także na faktyczną możliwość wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia i w celu jego realizacji. (...) W tym zakresie powinien być wykazany także konkretny zakres wiedzy i doświadczenia (konkretne umiejętności potwierdzone praktyką), który jest niezbędny do wykonania tego zamówienia i sposób jego wykorzystania, także łączący się z realizacją danego zamówienia...”*

Podobne stanowisko zajęła również KIO w wyroku z dnia 29 grudnia 2014 r. LEX nr 1648147 *„2. Z uwagi na charakter instytucji uregulowanej w art. 26 ust 2b p.z.p., która*

stanowi odzwierciedlenie w krajowym porządku prawnym instytucji uregulowanej w dyrektywie nr 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, szczególnie istotne jest, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego wykazał, że takie udostępnienie ma rzeczywisty charakter, a nie służy tylko do formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu."

Zdaniem odwołującego - samo tylko lakoniczne stwierdzenie, że „KTU ZIELEŃ” sp. z o.o. zobowiązuje się „służyć wiedzą i doświadczeniem, a także radą i pomocą oraz niezwłocznie stawiać się na każde wezwanie” - nie potwierdza realności udostępnienia określonego zasobu podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. Odwołujący ocenił, że w treści analizowanego zobowiązania podmiotu trzeciego wskazuje się wyłącznie na formalne udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Brak jest natomiast określenia w jaki sposób potencjał będzie wykorzystywany przez wybranego wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Odwołujący przytoczył kolejną tezę z wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2014 sygn. akt 1557/14 *„Z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające złożenie wyłącznie zobowiązania o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika zakres i sposób udostępnienia zasobów. Brak wiedzy na ten temat uniemożliwia bowiem zamawiającemu ocenę, czy wykonawca rzeczywiście dysponuje potencjałem w sposób pozwalający mu na spełnienie warunku i należyte wykonanie zamówienia. Innymi słowy, aby zamawiający mógł dokonać oceny, czy zasoby są udostępniane w zakresie "niezbędnym", tj. w zakresie gwarantującym należyłą realizację zamówienia, podmiot trzeci musi je uprzednio wskazać.”*

Z tych przyczyn odwołujący uznał, że wykonawca „Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze” Sp. z o.o. nie udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował jakimikolwiek zasobami podmiotu KTU -Zieleń sp. z o.o.

W ramach uzupełnienia dokumentów z dnia 20 marca.2015r., wykonawca ŁPO poza ww. zobowiązaniem w zakresie udostępnienia wiedzy i doświadczenia, przedłożył także zobowiązanie firmy KTU -Zieleń sp. z o.o. w zakresie udostępnienia zasobów finansowych. To drugie zobowiązanie zostało sporządzone zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Porównanie treści obu zobowiązań, przedstawionych przez wybranego wykonawcę w dniu 20 marca 2015 r. a sporządzonych w tej samej dacie - 16.02.2015 r. doprowadziło odwołującego do wniosku, że zobowiązanie podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia nie potwierdza rzeczywistego i realnego charakteru jego udostępnienia. Jednocześnie, okoliczność ta wskazuje na pełną świadomość złożenia wadliwego

zobowiązania w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz celowość takiego działania wykonawcy. Wykonawca musiał, bowiem mieć świadomość jakie wymogi w zakresie sporządzenia tego dokumentu określił zamawiający i celowo lub przez rażące niedbalstwo je zlekceważył, a zamawiający to zaakceptował.

Odwołujący podkreślał, że wykonawca będący profesjonalistą w obrocie gospodarczym, biorący udział w szeregu postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się w wykazie na potencjał podmiotu trzeciego musiał wiedzieć, że jego obowiązkiem, jest udowodnienie dysponowania tym potencjałem (tak: wyrok KIO 419/12).

Odwołujący podnosił, iż zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa przepis art. 26 ust. 3 Pzp nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle (tak w wyroku KIO z dnia 19 grudnia 2014 r. sygn. akt 2605/14)

Odwołujący argumentował, że w stanie faktycznym niniejszej sprawy, skoro w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wybrany wykonawca przedłożył wadliwe zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału - wiedzy i doświadczenia, to nie może on już zostać ponownie wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.

Z powyższych przyczyn, zdaniem odwołującego wykonawca Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

Zarzut II. Nieodpowiednich referencji przedłożonych przez Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o.

Niezależnie od argumentacji przedstawionej w pkt. I powyżej, odwołujący podnosił, co następuje.

O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie (art. 22 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp). W celu oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawca, zgodnie z pkt 6.1.3. SIWZ zobowiązany był przedłożyć następujące dokumenty:

a) wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi były lub są wykonywane (wg wzoru - załącznik Nr 5 do SIWZ),

b) dowody określające, czy usługi te były lub są wykonywane w sposób należyty.

W niniejszym postępowaniu, wybrany wykonawca Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przedstawił wykaz wykonanych przez siebie usług oraz referencje mające potwierdzać, że zostały one wykonane w sposób należyty. Zamawiający, w toku oceny i badania ofert uznał, że załączone do oferty dowody (referencje) nie potwierdzają należytego wykonania przez ŁPO sp. z o.o. wskazanych w wykazie usług oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W związku z powyższym, zamawiający, pismem z dnia 13 marca 2015 r. wezwał wybranego wykonawcę, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia złożonej oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca ŁPO przedstawił nowy wykaz usług wraz z nowymi dowodami - referencjami wystawionymi na rzecz podmiotu KTU- Zieleń sp. z o.o. (na potencjale którego wykonawca ŁPO polega na zasadzie art. 26 ust. 2 b ustawy) przez zlecającego dane usługi - firmę „Drogi i Ogrody” sp. z o.o.

W przedłożonym na wezwanie zamawiającego „nowym” wykazie usług jako usługę, która miała potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wybrany wykonawca wskazał usługę wykonaną przez „Drogi i Ogrody” sp. z o. o. w latach 2012-2014 polegającą na „Utrzymaniu terenów zieleni miejskiej w rejonie Dolina Jasienia” Do Wykazu usług wykonawca ŁPO załączył dowód w postaci „Referencji” wystawionych w dniu 28 listopada 2014 r. przez firmę „Drogi i Ogrody” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Odwołujący wyjaśniał, że referencje te zostały wystawione przez zlecającego: „Drogi i Ogrody” sp. z o.o. na rzecz podmiotu KTU -Zieleń sp. z o.o., na potencjale którego to podmiotu polega wybrany wykonawca ŁPO wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podmiot KTU -Zieleń był natomiast podwykonawcą „Drogi i Ogrody” sp. z o.o.

W ocenie odwołującego z treści przedłożonego dokumentu referencji wynika jednak wyłącznie potwierdzenie faktu realizacji usługi przez KTU -Zieleń, zakresu wykonywanych prac oraz wartość wynagrodzenia. Załączony do „nowego” Wykazu usług dokument nie

potwierdza jednak w żaden sposób najistotniejszej z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu okoliczności tj., że usługi te zostały wykonane przez podmiot KTU Zieleń należycie.

Odwołujący przytoczył dalsze poglądy doktryny i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych wyrażone między innymi w wyroku Izby z dnia 19 września 2013 r. sygn. akt KIO 2131/13 *„Dowodem/dokumentem z pewnością są referencje, jednak niezbędne jest zamieszczenie w treści referencji sformułowania, z którego można w przekonujący sposób wnioskować o należyтым wykonaniu zamówienia”*.

Natomiast Izba w wyroku z dnia 21 listopada 2013 r. sygn. akt KIO 2595/13, zajęła stanowisko, zgodnie z którym: *„Dokument referencji nie musi wprost zawierać sformułowania „referencje”, ani też stwierdzenia, że określona usługa została wykonana należycie czy też innych sformułowań ocennych wskazujących na zadowalające, satysfakcjonujące wykonanie zadania. W dokumencie referencji nie chodzi bowiem o dosłowne powielenie formuły użytej w treści SIWZ a oddanie celu, jakim jest wykazanie poprawnego i zadowalającego odbiorcę wykonania dostawy. Istotne jest, aby z treści tego dokumentu wynikała prawidłowość wykonania prac, rozumiana nie tylko jako fakt ich wykonania, ale chodzi o wykonanie zgodne z umową, w terminie, w sposób należyty.”* Zgodnie natomiast ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 4 grudnia 2014 r. sygn. akt 2396/14 *„Zatem fakt, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym, jeśli wykonawca jednocześnie nie wykaże, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów, że w istocie określony warunek spełnia. Wiedza zamawiającego w tym przedmiocie nie może prowadzić do zastępowania oświadczeń wykonawców i w konsekwencji przerwania ciężaru dowodu. Podobnie, bezczynność wykonawcy czy też brak staranności zawsze musi prowadzić, w świetle powołanego przepisu, do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust 3 i 4 p.z.p.”*

Odwołujący podnosił, że zamawiający zgodnie z wywodzoną powszechnie w doktrynie i orzecznictwie - z uwagi na respektowanie wyrażonych w art. 7 ust 1 Pzp zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców - regułą jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, która odnosi się nie tyle do tych samych dokumentów, ale do tych samych okoliczności, nie ma możliwości ponownego wezwania wybranego wykonawcy do uzupełnienia tych samych braków, które były już uprzednio podstawą wezwania w trybie art. 26 ust 3 Pzp, (za wyrokiem KIO z dnia 29 grudnia 2014 r. sygn. akt 2642/14).

W tym stanie rzeczy, z uwagi na fakt, że przedstawione w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, dowody nie potwierdzają spełniania przez

wybranego wykonawcę warunku udziału w przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak przekonywał odwołujący - zachodzi przesłanka z art. 24 ust 4 pkt. 4 ustawy Pzp do wykluczenia wykonawcy ŁPO z udziału w postępowaniu, czego zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie złożonej w dniu rozprawy – żądał oddalenia odwołania. Oświadczył, że w zobowiązaniu firmy KTU -Zieleń, które przedstawił przystępujący ŁPO dostrzegł wszystkie elementy wymagane SIWZ. Zamawiający za nieuprawnione uznał przywoływanie oceny dokumentu udostępnienia wiedzy i doświadczenia dokonane w wyroku Izby o sygn. KIO 971/15 dotyczące części 6 zamówienia, gdyż zachodziły odmienne okoliczności faktyczne. W tamtym przypadku, wybrany wykonawca posługiwał się wiedzą i doświadczeniem firm, których siedziby były poza Łodzią, (w Bełchatowie). W tym przypadku obydwie firmy ŁPO i KTU są z Łodzi i mają siedziby dokładnie pod tym samym adresem, a więc doradztwo, konsultacje – mogą się odbywać na bieżąco. Na marginesie zamawiający zaznaczył, że w części 6 zamówienia również odwołujący posłużył się zobowiązaniem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia, które co do formy i treści jest zbliżone do zobowiązań, jakie wzajemnie złożyły firmy KTU i ŁPO.

Zamawiający przyznał, że jeżeli chodzi o przedstawione przez przystępującego referencje firmy Drogi i Ogrody Sp. z o.o. w Łodzi, dotyczące usługi udostępnionej przez KTU, wykonywanej na zlecenie tej firmy Drogi i Ogrody Sp. z o.o. w Łodzi - brak jest oświadczenia, że usługi te zostały wykonane należycie. Zamawiający stwierdza jednak, że miał szeroką własną wiedzę, iż były to usługi wykonane należycie w całości na jego rzecz, w których KTU uczestniczyło jako podwykonawca, w związku z czym zamawiający wystawił w tym zakresie referencje potwierdzające ten fakt dla firmy Drogi i Ogrody Sp. z o.o. w Łodzi, z których KTU mogło korzystać.

Wykonawca Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. w piśmie o przystąpieniu do postępowania odwoławczego podał, co następuje.

„Postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia zostało w ocenie Przystępującego przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, a zarzuty wskazane w odwołaniu są bezzasadne.

Przystępujący spełnił wymóg udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, przy czym polegał w tym zakresie na zasobach innego podmiotu - KTU Zieleń sp. z o.o., na zasadach określonych w art. 26 ust 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący złożył w toku postępowania oświadczenie KTU Zieleń sp. z o.o. o

udostępnieniu nieodpłatnie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa. W oświadczeniu zgodnie z wymogami SIWZ wskazano:

zakres udostępnianych wykonawcy zasobów - wiedzę i doświadczenie

sposób wykorzystania zasobów - korzystanie z doradztwa

charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem - nieodpłatne użyczenie wiedzy i doświadczenia

zakres i okres udziału innego podmiotu przy realizacji zamówienia -udostępnienie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przez Przystępującego przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018”

Przystępujący nie podziela zarzutu Odwołującego wskazującego, że udostępnienie Przystępującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez KTU Zieleń sp. z o.o. nie ma charakteru rzeczywistego. Potencjał jakim jest wiedza i doświadczenie nie ma charakteru materialnego, w związku z tym nie jest możliwe określenie sposobu i zakresu udostępnienia tego zasobu w sposób tak precyzyjny jak w przypadku zasobów innego rodzaju, takich jak przykładowo zasoby finansowe. Ze złożonego w toku postępowania oświadczenia o udostępnieniu zasobów wynika, że KTU Zieleń sp. z o.o. w całym okresie realizacji zamówienia umożliwiła Przystępującemu korzystanie z doradztwa opartego na wiedzy i doświadczeniu KTU Zieleń sp. z o.o. i zobowiązała się do stawiennictwa na każde wezwanie ŁPO sp. z o.o. Zapewniona tym samym możliwość uzyskania porady i pomocy merytorycznej stanowi w ocenie Przystępującego rzeczywiste udostępnienie wiedzy i doświadczenia. Przystępujący ma faktyczną możliwość wykorzystania tego potencjału w toku realizacji zamówienia. Tym samym zarzut braku wykazania rzeczywistego udostępnienia zasobu i możliwości korzystania z niego uznać wypada za chybiony.

Zgodnie z art. 26 2b wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Z treści wskazanego przepisu nie wynika istnienie szczególnych wymogów dotyczących formy, w jakiej zasoby wiedzy i doświadczenia mogą być udostępnione. Ustawa wymaga jedynie złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów - co zostało dokonane w przedmiotowym postępowaniu. W orzeczeniu KIO 1451/14, Krajowa Izba Odwoławcza podkreśliła, że (...) nie jest tak, iż aby skutecznie udostępnić swój potencjał, osoba trzecia musi brać udział w realizacji przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy.(...). Sposób tego uczestnictwa nie został określony, może więc mieć dowolną, prawem określoną

formę, w tym podwykonawstwo, doradztwo, czy konsultacje. Tym samym, samo stwierdzenie Zamawiającego, że udział wykonawcy nie jest rzeczywisty, jest niewystarczające do uznania, że Wykonawca podlega wykluczeniu, skoro z przepisów prawa nie wynika obowiązek osobistego uczestniczenia jako podwykonawca w realizacji zamówienia i skoro dopuszczona jest forma konsultacji i doradztwa. Izba wskazała również, że wykluczenie wykonawcy z uwagi na fakt, że powołał się on na konsultacje i doradztwo podmiotu trzeciego, „a nie rzeczywisty udział przy wykonywaniu umowy”, jest nieuprawnione. Udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia może przybrać formę przekazania know-how, mieć formę konsultacji, doradztwa, nadzoru. To, jaka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca i zagwarantuje faktyczne przekazanie potencjału niezbędnego do realizacji zamówienia, powinno być oceniane w odniesieniu do konkretnego zamówienia, jego złożoności i specyfiki oraz zakresu i specyfiki udostępnianych zasobów (KIO 715/14 oraz KIO 2292/13).

W przedmiotowej sprawie Zamawiający słusznie uznał, że dokumenty złożone przez Przystępującego w ramach wezwania do uzupełnienia oferty są wystarczające do wykazania spełnienia wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia. Z daleko idącej ostrożności podnoszę, że nawet gdyby Zamawiający powziął wątpliwości co do zakresu lub formy udostępnienia zasobów byłby zobowiązany do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 pzp bądź wezwania do uzupełnienia dokumentów ze wskazaniem konkretnego błędu/braku złożonej dokumentacji, co nie miało miejsca. Wskazać przy tym należy, że w orzecznictwie KIO przeważa pogląd, zgodnie z którym zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, winien szczegółowo określić, jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania, wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta. Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów o określone informacje, to nic nie stoi na przeszkodzie powtórnego wezwania w zakresie innych informacji, nawet w zakresie tego samego dokumentu i tego samego warunku (KIO 742/11, KIO 1944/11). Za czynność, wprowadzającą w błąd wykonawcę, można uznać wezwanie, które nie zawiera zastrzeżeń do treści już złożonych dokumentów, ponieważ w takiej sytuacji wykonawca może uzupełnić dokument w zakresie, którego nie oczekuje zamawiający, a stwierdzony przez niego błąd pozostawić bez poprawy (KIO/UZP 2583/10). Zdaniem KIO instytucja poprawiania błędnych dokumentów opiera się na stwierdzeniu błędu przez zamawiającego, czyli błąd powinien być skonkretyzowany i wskazany przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. Jeżeli zamawiający nie wskaże wszystkich błędów w dokumencie, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, to powinien ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentu, wskazując błąd do którego naprawienia Wykonawca nie był uprzednio zobowiązany w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. Nie można wprost stosować zasady, że do

uzupełnienia dokumentu nie można wzywać wielokrotnie, jeżeli zamawiający zauważy błędy nie w toku jednej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, ale w toku wielokrotnych czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, z powodu zauważonych każdorazowo innych błędów (KIO/UZP 1774/09).

W złożonej ofercie, w wykazie usług potwierdzających spełnianie wymogu posiadania wiedzy i doświadczenia Przystępujący wskazał doświadczenie własne. W wezwaniu z dnia 13 marca 2015 r. Zamawiający uznał sporządzony wykaz za nieprawidłowy i wezwał wykonawcę do złożenia nowego wykazu usług z dokumentami potwierdzającymi ich wykonanie. Wykonawca zadośćuczynił wezwaniu, przy czym w części 2 wykazu (dot. części 7 zamówienia) polegał na zasobach i referencjach KTU sp. z o.o. Dokumenty potwierdzające udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia nie były przedmiotem badania ani wezwania do uzupełnienia braków. Gdyby Zamawiający uznał wadliwość tych dokumentów istniałaby konieczność wezwania do ich uzupełnienia, co nie miało miejsca. Zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia braków nie wynika z żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto wskazać wypada, że art. 26 ust. 3 pzp stanowi implementację art. 51 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą zamawiający może wezwać do uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów, przedłożonych na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści przywołanego przepisu, jak również z orzecznictwa ETS w żaden sposób nie wynika, że zamawiający może zwracać się o uzupełnienie braku wyłącznie jednorazowo. Stosowanie tej zasady mieści się w ramach dyskrecjonalnej władzy Zamawiającego i musi uwzględniać indywidualny stan faktyczny, a także zachowanie podstawowych zasad wydatkowania środków publicznych, zgodnie z w art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO art. 26 ust. 3 pzp nie wprowadza zasady jednokrotności, która wynika z orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zasada ta nie może być mechanicznie stosowana do wszystkich stanów faktycznych. Wiodące znaczenie należy przypisywać zasadom wynikającym wprost z przepisów ustawy pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (KIO/UZP 1102/08). Z zapisów art. 26 ust. 3 pzp regulujących instytucję wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wynika czy czynność wezwania ma mieć charakter jednorazowy czy wielokrotny, czy może odnosić się do poszczególnych dokumentów lub ich braku, czy odnosić się ma do wszystkich dokumentów, jakie na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy pzp wykonawca ma złożyć w postępowaniu, przy czym w ocenie KIO jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentu odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, ale do poszczególnego dokumentu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (KIO/UZP 827/08).

W odniesieniu do zarzutu wadliwości referencji udzielonych na rzecz podmiotu, z którego zasobów korzysta Przystępujący - KTU Zieleń sp. z o.o. przez Drogi i Ogrody sp. z o.o. zarzut ten jest nieuzasadniony. W pkt 6.1 SIWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku gdy podmiotem na rzecz którego wykonano prace wskazane w wykazie był Zamawiający, to jest Miasto Łódź - Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi bądź inne jednostki organizacyjne, które weszły w skład obecnego Zarządu Zieleni Miejskiej, wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów należytego wykonania tych prac. W przedmiotowym postępowaniu Przystępujący wskazał w wykazie usług, który miał potwierdzać posiadanie niezbędnej wiedzy i doświadczenia, usługę wykonaną przez Drogi i Ogrody sp. z o.o. polegającą na „Utrzymaniu terenów zieleni miejskiej w rejonie Dolina Jasienia”. Do wykazu usług Przystępujący załączył referencje wystawione przez Drogi i Ogrody sp. z o.o. na rzecz KTU Zieleń sp. z o.o., udostępniającej Przystępującemu potencjał wiedzy i doświadczenia. Wskazany dokument referencji potwierdza udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia. Z uwagi jednak na fakt, że dotyczy prac wykonanych na rzecz Zamawiającego, nie musi zawierać stwierdzenia o prawidłowości wykonania tych prac. Zatem nawet uznanie, że dokument ten jest wadliwy i nie potwierdza dostatecznie należytego wykonania prac, nie może to stanowić podstawy do uznania, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Z ostrożności, na wypadek niepodzielenia przez Izbę stanowiska Przystępującego w tym zakresie podnoszę, że wskazane w przystąpieniu orzecznictwo KIO pozostaje aktualne w świetle postawionego przez Skarżącą zarzutu wadliwości referencji udzielonych na rzecz podmiotu, z którego zasobów korzysta Przystępujący - KTU Zieleń sp. z o.o. przez Drogi i Ogrody sp. z o.o. W przypadku gdy ten konkretny dokument zostałby uznany za wadliwy Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia tego braku. Nie stoi przy tym na przeszkodzie wezwanie wcześniej skierowane do Przystępującego, jako nie odnoszące się konkretnie do wadliwości tego dokumentu. Niezależnie jednak od powyższego w ocenie Przystępującego złożony dokument referencji jest wystarczający dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z orzecznictwem KIO ustawodawca pozostawił wykonawcom dowolność, co do formy i treści dokumentu, z zastrzeżeniem, że w każdym przypadku z dokumentu takiego winno wynikać wykonanie robót, dostaw lub usług zgodnie z przyjętym zobowiązaniem umownym (tak wyrok KIO z 19 sierpnia 2009 r., sygn. akt KIOUZP 1016/09). Powyższe stanowisko potwierdza również orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.11.2009 r. w sprawie sygn. akt. 1432/09, w którym wskazano, że Izba podziela poglądy prezentowane w orzecznictwie, iż dokumenty potwierdzające należyte wykonanie zamówień nie muszą zawierać wprost sformułowania, że usługi, dostawy lub roboty budowlane zostały „wykonane należycie”, jednak z ich treści powinna wynikać pozytywna

ocena, iż zamówienia zostały zrealizowane w sposób prawidłowy i staranny tj. zgodny z umową - w wymaganym terminie, w pełnym zakresie itp."

Sygn. akt: KIO 996/15

Odwołujący: J. W., K. W.-K., G. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą "ZAKŁAD ZIELENI" J.K.L.W.s.c. z siedzibą w Łodzi zarzucał zamawiającemu: Miastu Łódź Zarządowi Zieleni Miejskiej w Łodzi naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) dalej „ustawa Pzp”, w zakresie wyboru oferty na część 2 zamówienia -Dolina Łódki wykonawcy KTU- Zieleń Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, tj. naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji powtórne wezwanie wykonawcy KTU- Zieleń pismem z dnia 27 kwietnia 2015 roku, do uzupełnienia dokumentów podmiotowych tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 4-8 oraz pkt. 10-11 ustawy Pzp dla urzędującego członka organu zarządzającego podmiotu Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o., na zasobach którego polega wykonawca KTU -Zieleń na zasadzie określonej w art. 26 ust 2b ustawy Pzp, pomimo tego, że zamawiający już raz, pismem z dnia 13 marca 2015r. wzywał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tożsamym zakresie,

2. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wezwanie wykonawcy KTU -Zieleń, pismem z dnia 27 kwietnia 2015r. do wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, dotyczących zobowiązania podmiotu Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze" Sp. z o.o. (ŁPO sp. z o.o.), złożonego w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp, które to wezwanie według odwołującego jest wadliwe bowiem:

- prowadzić ma w istocie do zastąpienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego o którym mowa w art. 26 ust 2 b ustawy Pzp (a który to dokument uzupełnić można wyłącznie w trybie art. 26 ust. 3) - wyjaśnieniami wykonawcy składanymi w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp

- stanowi nieuprawnioną próbę obejścia zakazu ponownego wzywania o uzupełnienie dokumentów w tych samych okolicznościach (zamawiający już raz, pismem z dnia 13 marca 2015r., wzywał Wykonawcę KTU -Zieleń, do uzupełnienia dokumentów w tożsamym z ww. wezwaniem zakresie)

3. art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KTU Zieleń pomimo, że na wezwanie zamawiającego nie przedłożył on dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, tj. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt

4-8; 10-11 ustawy Pzp dla Prezesa Zarządu podmiotu udostępniającego potencjał tj. Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego Sp. z o.o. (ŁPO sp. z o.o.) – R. B. .

4. art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy KTU - Zieleń sp. z o.o.. pomimo tego że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na część 2 Dolina Łódki,
- 2) unieważnienia czynności powtórnego wezwania wykonawcy KTU -Zieleń do uzupełnienia dokumentów podmiotowych z dnia 27.04.2015r.
- 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie wykonawcy KTU – Zieleń sp. z o.o. z udziału w postępowaniu

Na wstępie odwołujący podał, że posiada interes w podejmowaniu środków ochrony prawnej przewidzianych ustawą Pzp. Gdyby zamawiający dokonał prawidłowej czynności badania i oceny ofert, wówczas wykluczyłby z udziału w postępowaniu wybranego wykonawcę. Tym samym odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia, ponieważ spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz uzyskałby największą ilość punktów w kryterium cena i jego oferta zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza. Zdaniem odwołującego działania zamawiającego prowadzą do naruszenia usprawiedliwionych interesów odwołującego oraz skutkują powstaniem po jego stronie szkody w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że zamawiający pismem z dnia 4 maja 2015 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w część 2 - Dolina Łódki - złożonej przez wykonawcę KTU- Zieleń Sp. z o.o. Zdaniem odwołującego czynność badania i oceny ofert, doprowadziła do nieprawidłowego uznania, że oferta wykonawcy KTU - Zieleń sp. z o.o. jest ofertą najkorzystniejszą oraz odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chociaż w rzeczywistości tak nie jest, a w konsekwencji dokonany wybór tej oferty jako najkorzystniejszej - uznał za wadliwy.

Odwołujący przyznał, że dnia 17 kwietnia 2015r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące tożsamy z niniejszym odwołaniem czynności zamawiającego, a polegających na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę KTU -Zieleń sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi. Postępowaniu odwoławczemu Izba nadała sygn. akt KIO 792/15. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

przystąpił wykonawca KTU- Zieleń sp. z o.o. W treści ww. odwołania odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

a) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przez zamawiającego wybranego wykonawcy pomimo że na wezwanie zamawiającego nie przedłożył on dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, tj. informacji o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 4-8; 10-11 ustawy Pzp dla Prezesa zarządu podmiotu udostępniającego potencjał tj. ŁPO sp. z o.o. – R. B.,

b) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy KTU- Zieleń sp. z o.o. pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Ewentualnie, wyłącznie z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt. b) powyżej,

c) art. 26 ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przez zamawiającego wybranego wykonawcy do uzupełnienia oferty poprzez złożenie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, pomimo tego, że zaistniały ku temu przesłanki faktyczne i prawne.

Z tak określonymi zarzutami powiązane zostały odpowiadające im wnioski odwołującego w zakresie rozstrzygnięcia odwołania - nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz
- 3) wykluczenie wykonawcy KTU - Zieleń sp. z o.o. z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie,
- 4) nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w ramach której zobowiązany on będzie do wezwania wykonawcy KTU - Zieleń sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganej w SIWZ.

Pismem z dnia 24 kwietnia 2015r. zamawiający poinformował, że uwzględni w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu z dnia 17 kwietnia 2015r., bowiem przy wyborze oferty doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp oraz, że unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i dokona ponownego badania i oceny ofert. Z uwagi na powyższe,

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 28 kwietnia 2015r. wydanym na posiedzeniu niejawnym, wobec braku sprzeciwu przystępującego - KTU Zieleń umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie.

Zdaniem odwołującego brak przeszkód formalnych do rozpoznania odwołania - z uwagi na wykonanie przez zamawiającego czynności powtórzonych w sprzeczności z treścią uwzględnionych w całości zarzutów odwołania z dnia 17 kwietnia 2015r. i jego wniosków oraz z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący stwierdził, iż zamawiający uwzględniając w całości zarzuty zawarte w odwołaniu, które dotyczyły naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KTU -Zieleń (odwołujący zastrzegając, że zarzut z art. 26 ust 3 wskazany w pkt c) był zarzutem wyłącznie ewentualnym, zgłoszonym z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu najdalej idącego wskazanego w pkt b). Zdaniem odwołującego, zamawiający powinien, w ramach czynności powtórzonych wykonać wniosek odwoławczy wskazany w pkt. IX 1 i korespondujący z zarzutami podstawowym - wskazanymi w pkt. VIII lit, a) i b) odwołania z dn. 17 kwietnia 2015r. - a polegający na wykluczeniu wykonawcy KTU -Zieleń z udziału w postępowaniu. Wniosek odwoławczy wskazany w pkt. IX 2) odwołania z dnia 17 kwietnia 2015r. powiązany był bowiem (co uznał za oczywiste z punktu widzenia logiki i konstrukcji zarzutów) z zarzutem ewentualnym wskazanym w pkt. VIII lit. c) odwołania.

W przekonaniu odwołującego - zamawiający, w sprzeczności z art. 186 ust. 3 ustawy Pzp zamiast wykonać czynności zgodnie z uwzględnionymi zarzutami i korespondującym z nimi żądaniem zawartym w odwołaniu, podjął w ramach powtórzonych czynności następujące działania, nie objęte żadnym z wniosków odwołującego (odwołujący zaznaczał, że nawet ewentualnie nie wnioskował o wzywanie do uzupełnienia dokumentów podmiotowych lub o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2015r. powtórnie (wbrew zakazowi wynikającemu z ustawy Pzp na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający wezwał wykonawcę KTU-Zieleń sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów podmiotowych tj. informacji z KRK w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 oraz pkt. 10-11 ustawy Pzp dla urzędującego członka organu zarządzającego podmiotu ŁPO sp. z o.o., na potencjale którego polega wykonawca KTU -Zieleń sp. z o.o. wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2015r. na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp wezwał wykonawcę KTU Zieleń sp. z o.o. do wyjaśnień dot. zobowiązania złożonego w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp. Biorąc pod uwagę fakt, że zamawiający wzywał już wykonawcę KTU-Zieleń sp. z o.o., pismem z dnia 13 marca 2015 r., do uzupełniania złożonej oferty o

dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, to ww. wezwanie z dn. 27 kwietnia 2015r. skierowane w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp stanowi według odwołującego - całkowicie nieuprawnioną próbę obejścia zakazu ponownego wzywania wykonawcy o uzupełnienie tych samych dokumentów. Charakter taki ma również przyjęcie przez zamawiającego, w odpowiedzi na ww. wezwanie dokumentów - umowy o współpracy pomiędzy wykonawcą KTU -Zieleń a podmiotem na zasobach, którego polega on wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nadto, za całkowicie nieuprawnione w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp poczytał zastąpienie zobowiązania podmiotu trzeciego składanego w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp - wyjaśnieniami wykonawcy składanymi w trybie art. 26 ust 4 tej ustawy.

Z uwagi na powyższe zarzucał, że zamawiający, pomimo uwzględnienia w całości zarzutów odwołania z dnia 17 kwietnia 2015r. wbrew normie określonej w art. 186 ust 3 ustawy Pzp podjął czynności:

- nie objęte żadnym z wniosków odwołania a także w żaden sposób nie korespondujące z jego uwzględnionymi zarzutami, a nadto
- całkowicie sprzeczne z przepisami ustawy Pzp.

Tymczasem w związku z uwzględnieniem zarzutów odwołania zamawiający ma obowiązek wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, w taki sposób, aby uczynić zadość postulatom w odwołaniu. Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2011 r. KIO 2136/11, wyrok KIO z 11.07.2011r. KIO 1417/11, wyrok KIO z 7.02.2012r. KIO 170/12, wyrok z 3.10.2012r. KIO 2010/12/. Odstąpienie od obowiązku zrealizowania żądań zawartych w odwołaniu jest możliwe jedynie wówczas, gdy zgłoszone żądanie jest niemożliwe do realizacji bądź też jest niezgodne z prawem, co w stanie faktycznym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia nie miało miejsca.

Zdaniem odwołującego zamawiający dokonując ponownie wyboru oferty złożonej przez KTU- Zieleń naruszył więc normę wyrażoną w art. 186 ust 3 ustawy Pzp - bezzasadnie zaniechał bowiem wykluczenia wykonawcy KTU –Zieleń sp. z o.o. z udziału w postępowaniu, a nadto wykonał czynności nieobjęte żadnym z wniosków odwołania, a do tego sprzeczne z ustawą Pzp.

W tym stanie rzeczy odwołujący stwierdził, iż jest uprawniony, z uwagi na niedokonanie po umorzeniu postępowania odwoławczego, przez zamawiającego - czynności zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu (art. 186 ust 2 zd. 2 ustawy Pzp, do wniesienia środków ochrony prawnej względem sprzecznych z przepisami ustawy czynności

zamawiającego, (tak: postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 stycznia 2011 r. sygn. akt KIO 13/11).

- I. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący uzasadniał następująco.

Zamawiający, pismem z dnia 27 kwietnia 2015 roku, wezwał wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą tj. KTU - Zieleń do uzupełnienia dokumentów podmiotowych tj. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 4-8 oraz pkt. 10-11 ustawy Pzp dla urzędującego członka organu zarządzającego podmiotu Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. na zasobach którego wykonawca polega na zasadzie określonej w art. 26 ust 2b ustawy Pzp (dalej zwane ŁPO sp. z o.o.). Działaniem tym zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji powtórne wezwanie wykonawcy KTU –Zieleń do uzupełnienia tych samych dokumentów w tych samych okolicznościach. Pismem z dnia 13 marca 2015r. zamawiający wzywał już bowiem wykonawcę KTU -Zieleń do uzupełnienia dokumentów w tożsamym zakresie. W pkt ad. 2 ww. pisma (wezwania), zamawiający wyraźnie zobowiązał bowiem wykonawcę do uzupełnienia dokumentów podmiotowych dla ŁPO sp. z .o.o., w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W dalszej części uzasadnienia przedmiotowego wezwania zamawiający jednoznacznie wskazał, że wykonawca KTU- Zieleń zobowiązany jest przedłożyć min. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 oraz pkt 10-11 ustawy Pzp dla podmiotu na zasobach, którego polega wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. ŁPO sp. z o.o. Wykonawca KTU- Zieleń nie wykonał przedmiotowego wezwania w tym zakresie i w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nie przedłożył aktualnej informacji z KRK dla jednego z urzędujących członków organu zarządzającego tj. R. B. . Tymczasem zamawiający, pismem z dnia 27 kwietnia 2015r., naruszając art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponownie wezwał wykonawcę KTU- Zieleń do przedłożenia aktualnej informacji z KRK dla jednego z urzędujących członków organu zarządzającego ŁPO sp. z o.o. tj. R. B. . Tym samym złamana została wywodzona powszechnie w doktrynie i orzecznictwie, z uwagi na respektowanie wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów, w tych samych okolicznościach. Za niedopuszczalne uznaje się bowiem ponowne wzywanie do uzupełnienia tych samych braków, które były już uprzednio podstawą wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (tak wyrok KIO 2642/14 z dnia 29.12.2014).

- II. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b. art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący uzasadniał następująco.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2015r. zamawiający wezwał wykonawcę KTU - Zieleń do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp dotyczących zobowiązania podmiotu ŁPO sp. z o.o. złożonego w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez: *„określenie sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonaniu zamówienia (..) dla prawidłowej oceny czy udostępnienie przyjmie rzeczywistą i realną formę”*.

Wezwanie to odwołujący uznał za wadliwe. Zgodnie z treścią wyroku KIO z dnia 11 sierpnia 2014 wydanego w sprawie o sygn. akt 1557/14 *„Nie jest dopuszczalne zastąpienie elementu zobowiązania, określającego wskazanie charakteru udziału podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zamówienia, wyjaśnieniem własnym wykonawcy. Element ten powinien bowiem wynikać wprost z treści samego zobowiązania (bądź innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust 2b p.zp.) i nie może być zastąpiony czynnością czy wyjaśnieniem wykonawcy, który z tego zobowiązania korzysta.”*

Tymczasem, ww. wezwanie zamawiającego, jak przekonywał odwołujący - prowadzić ma właśnie do zastąpienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp wyjaśnieniami wykonawcy składanymi w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Działanie takie jest całkowicie nieuprawnione w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp. Nie można bowiem zastąpić pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego składanego w trybie art. 26 ust. 2 b tej ustawy wyjaśnieniami wykonawcy składanymi w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zobowiązanie do udostępnienia potencjału wraz ze wszelkimi jego niezbędnymi elementami musi pochodzić właśnie od tego podmiotu, który udostępnia swój potencjał (w tym przypadku ŁPO sp. z o.o.). Dokument ten nie może zaś zostać zastąpiony wyjaśnieniami wykonawcy składającego ofertę, co miało właśnie miejsce w niniejszym przypadku, (pismo wykonawcy z dnia 30 kwietnia 2015r.). Co więcej, dokument ten może zostać uzupełniony wyłącznie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Stanowisko takie jednoznacznie potwierdza również wyrok KIO z dnia 18.09.2014r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1840/14, zgodnie z którym: *„Jedynie podmiot trzeci jest władny złożyć oświadczenie, opisujące charakter oferowanej pomocy oraz jej zakres. Oświadczenie wykonawcy nie może zastąpić oświadczenia podmiotu trzeciego.”*

Nadto, wezwanie zamawiającego poczytał za nieuprawnioną próbę obejścia zakazu ponownego wzywania o uzupełnienie tych samych dokumentów w tych samych okolicznościach. Dlatego, że zamawiający już raz, pismem z dnia 13 marca 2015r., wzywał wykonawcę KTU - Zieleń, do uzupełnienia dokumentów w tożsamym z wezwaniem zakresie. Za nieuprawnioną próbę obejścia zakazu ponownego uzupełnienia przez wykonawcę dokumentów w tym samym zakresie, uznał odwołujący przyjęcie przez zamawiającego, w odpowiedzi na wezwanie z dnia 27 kwietnia 2015r., kolejnych dokumentów tj. umowy o

współpracy pomiędzy wykonawcą KTU -Zieleń a podmiotem, na zasobach którego polega on wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu - ŁPO sp. z o.o.

Doprowadziło to odwołującego do wniosków, że podjęte przez zamawiającego działania są sprzeczne z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - naruszają zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

III. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp odwołujący uzasadniał następująco.

Zgodnie z treścią pkt. 6.5.1. SIWZ - jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 u.p.z.p., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b u.p.z.p., a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. 6.4.1 - 6.4.7. SIWZ.

Zamawiający, pismem z dnia 13 marca 2015r. wezwał wybranego wykonawcę, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów o wskazane powyżej dokumenty podmiotowe potwierdzające brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu dla podmiotu udostępniającego potencjał - ŁPO sp. z o.o. w tym:

- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 u.p.z.p., wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert; (pkt 6.4.5. SIWZ)

- aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 10 i 11 u.p.z.p. wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, (pkt 6.4.7. SIWZ)

W odpowiedzi na opisane powyżej wezwanie zamawiającego, wybrany wykonawca nie przedłożył informacji o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4- 8; 10- 11 ustawy Pzp dla Prezesa zarządu podmiotu udostępniającego potencjał tj. ŁPO sp. z o.o. – R. B. .

W związku z powyższym, zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy, pomimo że na wezwanie zamawiającego nie przedłożył on dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia.

IV. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp odwołujący uzasadniał następująco.

O udzielenie zamówienia publicznego o mogą ubiegać się wyłącznie tacy wykonawcy, którzy posiadają stosowną wiedzę i doświadczenie (art. 22 ust 1 pkt 2 p.z.p.). W

przypadku gdy wykonawca samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, może on polegać na zasobach podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji zobowiązany jest jednak udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Nadto, w niniejszym postępowaniu, zamawiający, korzystając z uprawnień przewidzianych rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane zastrzegł (pkt. 6.2 SIWZ), co następuje:

„6.2. Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 u.p.z.p. polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust 2b, winien złożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów zawierające, oprócz informacji o podmiocie udostępniającym i przyjmującym zasoby, co najmniej:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,"

W niniejszym postępowaniu, wybrany wykonawca KTU- Zieleń celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia przedstawił zobowiązanie podmiotu trzeciego- ŁPO sp. z o.o. do udzielenia swoich zasobów w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający, pismem z dnia 13 marca 2015 r. wezwał wybranego wykonawcę, na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia złożonej oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W treści wezwania zamawiający stwierdził, że żadne z załączonych do oferty dokumentów nie potwierdzają należytego wykonania przez ŁPO sp. z o.o. wskazanych w wykazie usług, oraz spełniania przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

W odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego, wybrany wykonawca KTU -Zieleń przedstawił nowy wykaz usług wraz z nowymi dowodami - nowe referencje oraz ponownie zobowiązanie ŁPO sp. z o.o. o udostępnieniu na jego rzecz posiadanej wiedzy i doświadczenia zawodowego na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018”. Z załączonego do oferty

zobowiązania ww. podmiotu trzeciego nie wynika, jednak że udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia ma rzeczywisty i realny charakter oraz, że nie służy wyłącznie do formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego - jest tak z uwagi na następujące okoliczności. W treści zobowiązania nie wskazano sposobu w jaki zostanie udostępnione doświadczenie podmiotu trzeciego wybranemu wykonawcy.

Brak jest także określenia:

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

Tymczasem, zgodnie z treścią pkt. 6.2. SIWZ zamawiający wyraźnie żądał od Wykonawców wskazania w treści zobowiązania ww. elementów.

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym m. in. w wyroku z dnia 28 sierpnia 2014 r sygn. akt KIO1670/14 *„Treść pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego powinna wskazywać na realne zobowiązanie podmiotu trzeciego do faktycznego udostępnienia wykonawcy określonego zasobu, ale także na faktyczną możliwość wykorzystania tego potencjału w trakcie realizacji zamówienia i w celu jego realizacji. (...) W tym zakresie powinien być wykazany także konkretny zakres wiedzy i doświadczenia (konkretne umiejętności potwierdzone praktyką), który jest niezbędny do wykonania tego zamówienia i sposób jego wykorzystania, także łączący się z realizacją danego zamówienia...”* Podobne stanowisko zajęła również KIO w wyroku z dnia 29 grudnia 2014 r. LEX nr 1648147 *„2. Z uwagi na charakter instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 2b p.z.p., która stanowi odzwierciedlenie w krajowym porządku prawnym instytucji uregulowanej w dyrektywie nr 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, szczególnie istotne jest, aby wykonawca powołujący się na zasoby podmiotu trzeciego wykazał, że takie udostępnienie ma rzeczywisty charakter, a nie służy tylko do formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.”*

Samo tylko lakoniczne stwierdzenie, że „ŁPO” sp. z o.o. zobowiązuje się *„służyć wiedzą i doświadczeniem, a także radą i pomocą oraz niezwłocznie stawiać się na każde wezwanie”* zdaniem odwołującego - nie potwierdza realności udostępnienia określonego zasobu podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. W treści analizowanego zobowiązania podmiotu trzeciego wskazuje się wyłącznie na formalne udostępnienie

potencjału wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Brak jest natomiast określenia, w jaki sposób potencjał będzie wykorzystywany przez wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Z tych przyczyn uznał, że wybrany wykonawca nie udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował jakimikolwiek zasobami podmiotu ŁPO sp. z o.o. Odwołujący podkreślał, że wykonawca będący profesjonalistą w obrocie gospodarczym, biorący udział w szeregu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się w wykazie na potencjał podmiotu trzeciego musiał doskonale wiedzieć, że jego obowiązkiem jest udowodnienie dysponowania tym potencjałem (tak: wyrok KIO 419/12).

Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający może skierować w tym samym przedmiocie tylko raz. W stanie faktycznym będącym przedmiotem rozstrzygnięcia wezwanie do uzupełnienia dokumentów obejmowało zobowiązanie do udostępnienia potencjału jako immanentną część wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Potwierdził to także wykonawca wybrany składając ponownie to zobowiązanie w wykonaniu wezwania. W związku z powyższym, skoro ponownie przedłożone przez wybranego wykonawcę zobowiązanie podmiotu trzeciego jest oczywiście wadliwe to nie może on już zostać wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie. Z tych przyczyn wybrany wykonawca KTU- Zieleń powinien zostać wykluczony przez zamawiającego z udziału w postępowaniu, w oparciu o art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust 2b ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, złożonej w dniu rozprawy nie zgodził się z argumentacją odwołującego. Przyznał, że uwzględnienie w całości odwołania w sprawie sygn. akt KIO 972/15 nastąpiło, natomiast, w ocenie zamawiającego, żądania odwołania były tak sformułowane, że dopuszczały różne formy działania zamawiającego - jedynym żądaniem, które się powtarzało było powtórzenie czynności oceny ofert, czego zamawiający dokonał. W wezwaniu z 13 marca 2015 r. zamawiający niejako przesądził, że ŁPO będzie brało udział w realizacji zamówienia i dlatego też żądał z tego względu uzupełnienia dokumentów podmiotowych dotyczących ŁPO. Dopiero po uzupełnieniu tych dokumentów, w tym nowego wykazu, zdaniem zamawiającego, biorąc pod uwagę obydwa wezwania: z 13 marca i 27 kwietnia 2015 r. nie dokonał wezwania w tym samym przedmiocie.

Biorąc pod uwagę, iż treść obu zobowiązań, tj. złożonych przez KTU i ŁPO jest niemal identyczna, zamawiający podtrzymał całą argumentację przytoczoną w sprawie sygn. akt KIO 995/15, co do oceny tego dokumentu złożonego przez KTU, a pochodzącego od ŁPO, że zawiera on wszystkie elementy wyznaczone treścią wymagania ustanowionego w SIWZ, które jest powtórzeniem przepisów ustawowych. Zwracał uwagę na załączone do odpowiedzi

dowody, że sam odwołujący w swojej ofercie posłużył się dokumentami o zbliżonej formie i treści, jakie kwestionuje w ofertach konkurentów.

Przystępujący KTU – Zieleń sp. z o.o. w przystąpieniu przedstawił następujące stanowisko.

„Postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia zostało w ocenie Przystępującego przeprowadzone zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych, a zarzuty wskazane w odwołaniu są bezzasadne.

„W odniesieniu do zarzutu Skarżącej naruszenia art. 26 ust 3 w zw. z art. 7 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przez dwukrotne wezwanie Przystępującego do uzupełnienia braków podnoszę, co następuje:

W wezwaniu z dnia 13 marca 2015 r. Zamawiający nie wezwał Przystępującego do uzupełnienia braku w postaci złożenia konkretnego dokumentu - zaświadczenia o niekaralności R. B. . Wezwanie do złożenia tego skonkretyzowanego dokumentu zostało skierowane do Przystępującego dopiero w dniu 27 kwietnia 2015 r. W związku z powyższym w ocenie Przystępującego, do złożenia tego konkretnego dokumentów Przystępujący był wzywany po raz pierwszy 27 kwietnia 2015 r., a tym samym twierdzenie, że Przystępujący został dwukrotnie wezwany do uzupełnienia tego braku jest chybione.

Kierując wezwanie do uzupełnienia braków oferty Zamawiający zobowiązany jest do szczegółowego opisu braków oraz sprecyzowania żądania dotyczącego zakresu prawidłowego uzupełnienia. W tym zakresie w orzecznictwie KIO przeważa pogląd, zgodnie z którym zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 pzp, winien szczegółowo określić, jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania, wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta. Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów o określone informacje, to nic nie stoi na przeszkodzie powtórnego wezwania w zakresie innych informacji, nawet w zakresie tego samego dokumentu i tego samego warunku (KIO 742/11, KIO 1944/11). Za czynność, wprowadzającą w błąd wykonawcę, można uznać wezwanie, które nie zawiera zastrzeżeń do treści już złożonych dokumentów, ponieważ w takiej sytuacji wykonawca może uzupełnić dokument w zakresie, którego nie oczekuje zamawiający, a stwierdzony przez niego błąd pozostawić bez poprawy (KIO/UZP 2583/10). Zdaniem KIO instytucja poprawiania błędnych dokumentów opiera się na stwierdzeniu błędu przez zamawiającego, czyli błąd powinien być skonkretyzowany i wskazany przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu. Jeżeli zamawiający nie wskaże wszystkich błędów w dokumencie, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentu, to powinien ponownie wezwać do uzupełnienia dokumentu, wskazując błąd do którego naprawienia Wykonawca nie był uprzednio zobowiązany w wezwaniu do uzupełnieniu dokumentu. Nie można wprost stosować zasady,

że do uzupełnienia dokumentu nie można wzywać wielokrotnie, jeżeli zamawiający zauważa błędy nie w toku jednej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu, ale w toku każdorazowo innych błędów (KIO/UZP 1774/09).

Wezwanie skierowane do Przystępującego w dniu 13 marca 2015 r. nie zawierało żądania złożenia dokumentu dotyczącego niekaralności R. B. . W związku z tym, w świetle przytoczonego orzecznictwa Przystępujący stoi na stanowisku, że nie było przeszkód prawnych do wezwania Przystępującego do złożenia tego konkretnego dokumentu, co Zamawiający uczynił 27 kwietnia 2015 r. Treść wezwania skierowanego do Przystępującego w tym dniu jednoznacznie wskazuje o jaki dokument chodzi i spełnia tym samym wymóg konkretyzacji żądania uzupełnienia braków.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nie podzielenia przez KIO wskazanego wyżej stanowiska podnoszę ponadto, że nawet przy przyjęciu, że pierwotne wezwanie skierowane przez Zamawiającego spełniało wymóg ścisłego skonkretyzowania dostrzeżonego błędu/braku i doszło tym samym do powtórnego wezwania do uzupełnienia braków, to w tym konkretnym przypadku zasada jednokrotności wezwania nie powinna być stosowana. Prymat w tym zakresie winny zachować zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wynikające wprost z ustawy pzp oraz zasady wydatkowania środków publicznych określone ustawą z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Zasada jednokrotnego wezwania do uzupełnienia braków nie wynika z żadnego przepisu ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto wskazać wypada, że art. 26 ust. 3 pzp stanowi implementację art. 51 Dyrektywy 2004/18/WE, zgodnie z którą zamawiający może wezwać do uzupełnienia lub wyjaśnienia zaświadczeń i dokumentów, przedłożonych na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z treści przywołanego przepisu, jak również z orzecznictwa ETS w żaden sposób nie wynika, że zamawiający może zwracać się o uzupełnienie braku wyłącznie jednorazowo. Stosowanie tej zasady mieści się w ramach dyskrecjonalnej władzy Zamawiającego i musi uwzględniać indywidualny stan faktyczny, a także zachowanie podstawowych zasad wydatkowania środków publicznych. zgodnie z w art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO art. 26 ust. 3 pzp nie wprowadza zasady jednokrotności, która -wynika z orzecznictwa sądów powszechnych oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Zasada ta nie może być mechanicznie stosowana do wszystkich stanów faktycznych. Wiodące znaczenie należy przypisywać zasadom wynikającym wprost z przepisów ustawy pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (KIO/UZP 1102/08). Z zapisów art. 26 ust. 3 pzp regulujących instytucję wezwania do uzupełnienia dokumentów nie wynika czy czynność wezwania ma mieć charakter jednorazowy czy wielokrotny, czy może odnosić się do poszczególnych

dokumentów lub ich braku, czy odnosić się ma do wszystkich dokumentów, jakie na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy pzp wykonawca ma złożyć w postępowaniu, przy czym w ocenie KIO jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentu odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, ale do poszczególnego dokumentu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (KIO/UZP 827/08).

Zgodnie z art. 44 ust 3. 1 a ustawy o finansach publicznych wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów finansowych. W przedmiotowej sprawie nie ulega wątpliwości, że Przystępujący spełniał warunki udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, w szczególności w zakresie dotyczącym niekaralności wszystkich członków zarządu podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie. Brakujący dokument zaświadczenia o niekaralności dotyczący R. B., złożony na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia braków oferty został wystawiony w okresie 6 miesięcy przed złożeniem oferty, a więc zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ. Zatem nie istniała i nie istnieje podstawa do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 1 pkt 8 pzp.

Przystępujący złożył w postępowaniu ofertę istotnie korzystniejszą cenowo niż Skarżąca. Spełniał przy tym wymóg niekaralności zarówno wszystkich członków zarządu Przystępującego jak i ŁPO sp. z o.o. - udostępniającej wiedzę i doświadczenie. W tym stanie faktycznym dokonanie wyboru mniej korzystnej oferty Skarżącej stałoby w sprzeczności z zasadą racjonalnego wydatkowania środków publicznych oraz naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji wynikającą z pzp. W ocenie Przystępującego bezzasadny jest również zarzut Skarżącej dotyczący naruszenia art. 26 ust 4 w zw. z art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 i art. 7 ustawy pzp przez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień, skierowane do Przystępującego w dniu 27 kwietnia 2015 r. zostało dokonane na podstawie art. 26 ust. 4 pzp, zgodnie z przepisami ustawy. Prawo do żądania wyjaśnień mieści się w granicach dyskrecyjnej władzy Zamawiającego, w ramach której Zamawiający ma prawo swobodnie decydować o rodzaju żądania kierowanego do wykonawcy. Zamawiający w ramach swoich uprawnień ocenia czy w danym przypadku zasadne jest żądanie udzielenia wyjaśnień czy też uzupełnienia dokumentów. Podkreślenia wymaga, że Zamawiający ma prawo wyjaśniać już uzupełniony dokument, jeżeli ma co do niego wątpliwości, a nawet błędne działanie zamawiającego w tym zakresie nie może rodzić negatywnych skutków dla wykonawcy. Jeżeli zamawiający wyraźnie wskazał, iż wzywa do złożenia wyjaśnień złożonego wykazu robót na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 pzp, choć powinien wezwać do uzupełnienia tego dokumentu, to taki błąd zamawiającego nie może powodować dla wykonawcy niekorzystnych skutków w postaci

zamknięcia drogi do uzupełnienia braków w złożonych dokumentach, natomiast mógłby uzasadnić dokonanie odrębnego wezwania, tym razem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp (KIO/UZP 2602/10; KIO/UZP 2618/10).

W przedmiotowej sprawie nie doszło również do naruszenia art. 186 ust 3 pzp. Skarżący żądał unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, co Zamawiający uczynił. Zamawiający uwzględnił zatem żądanie wskazane w odwołaniu. W zakresie czynności dodatkowych związanych z ponowną oceną ofert Skarżący złożył żądanie alternatywne:

- 1) wykluczenia Przystępującego
- 2) wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający zrealizował wnioski Odwołującego, bowiem unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzył czynność badania i oceny ofert. Wezwał również Przystępującego do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. Spornym dokumentem był bowiem dokument potwierdzający spełnianie przez członka zarządu ŁPO sp. z o.o. - jako podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, warunku niekaralności wymaganego ustawą PZP. Nie można zatem podzielić stanowiska Odwołującego, że nie wnosił on w żadnej części pierwotnie złożonego odwołania o wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu. Dokument ten mieści się bowiem w kategorii dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganej w SIWZ. Zauważyć wypada, że niezbędność tego dokumentu dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wywodził sam Odwołujący w uprzednio wniesionym odwołaniu. W sytuacji gdy na skutek odwołania Zamawiający uznał konieczność uzyskania dodatkowych wyjaśnień w toku ponownej oceny ofert, wykluczenie wykonawcy bez wystąpienia o ich udzielenie stanowiłoby wprost naruszenie ustawy pzp. Nie można podzielić stanowiska Skarżącego, że Zamawiający był związany żądaniem wykluczenia Przystępującego w sytuacji zgłoszenia przez Skarżącego żądań alternatywnych, z których tylko jedno okazało się zasadne.

Wobec podniesionych wyżej argumentów uznać należy, że czynności powtórnej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej zostały dokonane zgodnie z przepisami ustawy pzp. W wyniku powtórnej oceny ofert słusznie nie stwierdzono podstaw do wykluczenia wykonawcy KTU -Zieleń sp. z o.o. Tym samym wskazane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 26 ust 2 b ustawy pzp nie znajdują uzasadnienia.

Sygn. akt KIO 995/15 i KIO 996/15

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z protokołu postępowania, SIWZ z wyjaśnieniami, ofert przystępujących wykonawców, korespondencji i wyjaśnień stron. Z urzędu w trybie art. 190 ust. 2 Pzp Izba dopuściła dowód z akt sprawy odwoławczej sygn. akt: KIO 972/15.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestników, przedstawione w złożonych pismach i do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zgłoszonych zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Postępowanie dotyczy wykonywania usługi - „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018” z podziałem na 10 części.

Rozpatrywane odwołania dotyczą części 2 zamówienia: Dolina Łódki oraz części 7 zamówienia: Zdrowie –Retkinia.

Część nr: 2 Nazwa: Utrzymanie terenów zieleni miejskiej - Dolina Łódki

- 1) Krótki opis. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac ogrodniczych i porządkowych na terenach zieleni miejskiej – Dolina Łódki (rejon zabytkowy). Termin realizacji zamówienia: od dnia zawarcia umowy jednak nie wcześniej niż od dnia 1.5.2015 do dnia 30.4.2018.

Część nr: 7 Nazwa: Utrzymanie terenów zieleni miejskiej - Zdrowie - Retkinia

- 1) Krótki opis. Przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac ogrodniczych i porządkowych na terenach zieleni miejskiej - Zdrowie - Retkinia (rejon zabytkowy). Termin realizacji zamówienia: od dnia zawarcia umowy jednak nie wcześniej niż od dnia 1.5.2015 do dnia 30.4.2018.

Ogłoszenie o zamówieniu Sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym

Sekcja III.2)Warunki udziału

III.2.1) Sytuacja podmiotowa wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego

Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełniania wymogów:

5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. dotyczące:(...)

5.1.2. posiadania wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż:

- dla części 2 – 800 000 PLN brutto,
- dla części 7 – 1 200 000 PLN brutto,

Uwaga:

1. Za usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).

2. Zamawiający dopuszcza wykonanie ww. prac na terenie jednego lub kilku obiektów, przy czym za obiekt uważa się jeden park, zieleniec, skwer, teren osiedla.

3. Składając ofertę na części: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 i 9 Wykonawca winien wykazać usługę obejmującą wykonanie prac w przynajmniej jednym obiekcie zieleni wpisanym do rejestru zabytków.

4. Wykonawca winien wykazać:

a) przy złożeniu oferty na dwie części zamówienia – 2 usługi o wartościach brutto wymaganych dla danych części zamówienia;

b) przy złożeniu oferty na trzy części – 3 usługi o wartościach brutto wymaganych dla danych części zamówienia;

Wykonawca nie może wykazać tej samej usługi na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w różnych częściach zamówienia.

5. W przypadku usługi nadal wykonywanej należy podać wartość usługi zrealizowanej do dnia składania ofert.

5.1.3. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia- Zamawiający nie precyzuje szczególnych wymagań.

5.2. Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji

niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Dokument należy złożyć w oryginale.

5.3. Wykonawca jest również zobowiązany wykazać brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu z powodu okoliczności, o których mowa w art. 24 ust.1 U.P.Z.P.

5.4. Ocena spełniania ww. warunków zostanie dokonana na podstawie złożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów wg formuły: spełnia – nie spełnia.

6. Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia.

6.1. W celu oceny spełnienia opisanych powyżej warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca jest zobowiązany przedłożyć następujące dokumenty:

6.1.1. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 U.P.Z.P. (wg wzoru – załącznik nr 2 do SIWZ),(...)

6.1.3. W celu oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia:

a) wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi były lub są wykonywane (wg wzoru - załącznik Nr 5 do SIWZ);

b) dowody określające, czy usługi te były lub są wykonywane w sposób należyty.

Za główne usługi, których dotyczy obowiązek wskazania w wykazie i załączenia ww. dowodów uznaje się co najmniej usługi niezbędne do wykazania spełniania warunku określonego w pkt 5.1.2.

Dowodami, o których mowa powyżej są:

a) poświadczenia wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane;

b) oświadczenie Wykonawcy, jeżeli z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczeń, o których mowa w pkt a);

W przypadku, gdy:

1. Zamawiający tj. Miasto Łódź - Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi bądź inne jednostki organizacyjne Miasta Łódź, które weszły w skład obecnego Zarządu Zieleni Miejskiej był podmiotem, na rzecz którego wykonano prace wskazane w wykazie, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa powyżej.

2. jeżeli będą wykazane usługi nadal wykonywane, poświadczenie powinno być wydane nie wcześniej niż na 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

6.2. Wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 U.P.Z.P. polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, winien złożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów zawierające, oprócz informacji o podmiocie udostępniającym i przyjmującym zasoby, co najmniej:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia;
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem;
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

6.4. W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania, Wykonawca winien załączyć do oferty następujące dokumenty:

6.4.1. oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 U.P.Z.P. (wg wzoru - załącznik nr 3 do SIWZ).

6.4.5. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 U.P.Z.P., wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. (...)

6.4.7. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 U.P.Z.P., wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

6.5.1. Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 U.P.Z.P., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b U.P.Z.P., a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. 6.4.1 - 6.4.7. SIWZ.

6.5.2. Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 4 U.P.Z.P., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b U.P.Z.P., Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów, o których mowa w pkt 6.1.4.

Sekcja IV.2.1) Kryteria udzielenia zamówienia

Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie z uwzględnieniem kryteriów kryteria określone poniżej

1. Cena. Waga 95

2. Dodatkowe koszenie trawników (wraz z wywozem skoszonej trawy) na powierzchni 50 % trawników przeznaczonych do jednokrotnego, corocznego koszenia. Waga 5

Sekcja IV.3.4) Termin składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 19.2.2015

Powyżej przytoczonym warunkom udziału w przedmiotowym postępowaniu opisanym w ogłoszeniu o zamówieniu - odpowiadają dokładnie odnośne postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) - co strony zgodnie przyznały.

Na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ o treści: Co Zamawiający rozumie pod pojęciem „co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia”? Czy będzie spełniony warunek jeżeli wykażemy 1 usługę na prace porządkowe i kolejną oddzielną na prace ogrodnicze? Czy warunek będzie spełniony jeżeli posiadamy jedną usługę na prace ogrodnicze wraz z pracami porządkowymi i kolejną na obiekty zabytkowe?

Zamawiający 22 stycznia 2015 r. udzielił następującej odpowiedzi: Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 5.1.2) za usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia zamawiający uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/zlecenia prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).

Formularz oferty – pkt 6 wymagał podania zakresu prac powierzonych podwykonawcom.

W zakresie postępowania na część 2 zamówienia - Dolina Łódki oferty złożyli:

1. Przystępujący KTU-Zieleń sp. z o.o.,
2. Odwołujący,
3. Konsorcjum Spółdzielnia Noventa,
4. S.R. P. .

W zakresie postępowania na część 7 zamówienia Zdrowie -Retkina oferty złożyli:

1. Odwołujący,
2. Przedsiębiorstwo Drogowe Lambdar sp. z o.o.,
3. Igliczna S. P.,
4. Przystępujący Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o.

Zamawiający uznał, że oferty wykonawców: KTU-Zieleń sp. z o.o. i Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodnicze Sp. z o.o. zawierają braki i wezwał do ich uzupełnienia.

W dniu 13 marca 2015 zamawiający wezwał KTU -Zieleń, jak niżej.

„Zamawiający - Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2013 r. poz. 907 ze im) zwanej dalej ustawą, wzywa do uzupełnienia dokumentów - dotyczy części 2 i 4 zamówienia:

1. potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust, 1 pkt 2 ustawy tj. wykazu wykonanych lub wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi były lub są wykonywane wraz z dowodami określającymi, czy usługi te były lub są wykonywane w sposób należyty,

2. w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. Uzasadnienie

Ad. 1. Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (5.1.2.), Wykonawca w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż:

-dla części 2 - 800 000 zł. brutto

-dla części 4 - 850 000 zł. brutto.

Za usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (ciecica pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci). W celu potwierdzenia spełniania ww. warunku Wykonawca winien przedstawić wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług wraz z podaniem ich przedmiotu, wartości, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi były lub są wykonywane.

Wykonawca przedstawił wykaz jednak jego treść nie potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż żadna wymieniona w nim usługa nie została poświadczona referencjami ani pod względem terminu ani wartości.

Do oferty dołączono 2 referencje, jednak wskazują one wykonanie wielu różnych wartościowo i terminowo usług i żadna nie potwierdza należytego wykonania usług

wskazanych przez Wykonawcę w wykazie. Zamawiający również jako odbiorca usług wskazanych przez Wykonawcę nie potwierdza należytego wykonania usług o takich wartości i w takich terminach.

Dlatego należy przedłożyć nowy wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Ad.2. Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 6.5.1), jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tego podmiotu dokumentów wymienionych w pkt. 6.4.1 -6.4.7. specyfikacji.

Ponieważ Wykonawca nie dysponował własną wiedzą i doświadczeniem odpowiadającymi rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, dlatego na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie posłużył się doświadczeniem innego podmiotu tj. Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego.

Z treści zobowiązania złożonego przez ten podmiot wynika, że przekazanie wymaganej wiedzy i doświadczenia przyjmie formę doradztwa oraz każdą inną, niezbędną formę, a więc określono jego sposób udziału w realizacji zamówienia.

Dlatego też wymagany jest przedstawienie, w odniesieniu do Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego dokumentów:

1. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy (wg wzoru - załącznik nr 3 do SIWZ),
2. aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert,
3. aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków lub zaświadczenie, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;
4. aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub

wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert;

5. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt. 4-8 oraz pkt. 10 i 11 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;

6. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Spełnianie warunku udziału w postępowaniu należy wykazać nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert tj. 19.02.2015 r.”

W dniu 13 marca 2015 zamawiający wezwał Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o., jak niżej.

„Zamawiający - Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej ustawą, wzywa do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.(...)”

Uzasadnienie. Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 6.4.2) wymaganym było przedstawienie aktualnego odpisu z właściwego rejestru zarówno w celu ustalenia, czy oferta została złożona (podpisana) przez osobę uprawnioną do jej złożenia oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy. Do oferty nie dołączono ww. dokumentu.

Spełnianie warunku udziału w postępowaniu należy wykazać nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert tj. 19.02.2015 r. (...)

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy wzywa również do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa:

1) w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy tj. wykazu wykonanych lub wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi były lub są wykonywane wraz z dowodami określającymi, czy usługi te były lub są wykonywane w sposób należyty - dotyczy części 5, 7 i 8 zamówienia,

2) w art. 22 ust. 1 ustawy tj. zobowiązania podmiotu na zasobach którego Wykonawca polega wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Uzasadnienie

Ad. 1 Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (5.1.2.), Wykonawca w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż:

-dla części 5 - 800 000 zł. brutto

-dla części 7 - 1 200 000 zł. brutto

-dla części 8 - 650 000 zł. brutto.

Za usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).

Wykonawca przedstawił wykaz jednak jego treść nie potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, gdyż żadna wymieniona w nim usługa nie została poświadczona referencjami ani pod względem terminu ani wartości.

Do oferty dołączono 3 referencje, jednak wskazują one wykonanie kilku różnych wartościowo i terminowo usług i żadna nie potwierdza należytego wykonania usług wskazanych przez Wykonawcę w wykazie. Zamawiający również jako odbiorca usług wskazanych przez Wykonawcę nie potwierdza należytego wykonania usług o takich wartości i w takich terminach.

Dlatego należy przedłożyć nowy wykaz usług wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Ad. 2 Wykonawca wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 u.p.z.p polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, winien złożyć pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Wykonawca załączył do oferty zobowiązanie wystawione Prezesa Zarządu KTU-Zieleń Sp. z o. o. Pana . K. jednak nie zawiera ono wszystkich wymaganych informacji. Wymaganymi informacjami są co najmniej:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,*
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia,*

Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba - że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Z przedłożonego zobowiązania nie wynika jednoznacznie sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia, charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem, oraz okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający wzywa do uzupełnienia tego dokumentu.

Spełnianie warunku udziału w postępowaniu należy wykazać nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert tj. 19.02.2015 r.”

W odpowiedzi na powyższe wezwanie 16 marca 2015 r. wykonawca Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o., uzupełnił żądane dokumenty. „W odpowiedzi na pismo znak ZP.2510.1.2015 dotyczące wezwania do uzupełnienia dokumentów, firma Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Wareckiej 3 przedstawia aktualny odpis z Krajowego Rejestru Sądowego oraz prawidłowo wypełniony wykaz wykonanych głównych usług tj. załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Przedstawiamy również (...) zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, wystawione przez Prezesa Zarządu firmy KTU- Zieleń Sp. z o.o.” o treści:

KTU - Zieleń Sp. z o. o., ul. Warecka 3, 91-202 Łódź, zobowiązuje się nieodpłatnie w formie doradztwa udostępnić firmie Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. Warecka 3, 91-202 Łódź całą posiadaną wiedzę i doświadczenie zawodowe przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą: „Utrzymanie trenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018” dla Zamawiającego -Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej.

KTU- Zieleń Sp. z o. o. zobowiązuje się służyć wiedzą i doświadczeniem a także radą i pomocą oraz niezwłocznie stawić się na każde wezwanie i dołożyć wszelkich starań by zapewnić gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zadania.”

W dokumentach oferty brak było zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, ŁPO samodzielnie wykazywał swoją wiedzę i doświadczenie. Zamawiający potwierdził, że pierwotnie ŁPO w zakresie wiedzy i doświadczenia nie posługiwało się potencjałem podmiotu trzeciego.

Do uzupełnionego wykazu usług zostały przedstawione referencje wystawione przez zamawiającego potwierdzające należyte wykonanie usługi oraz referencje z 28.11.2014 r.

wystawione przez Drogi i Ogrody Sp. z o.o. - potwierdzające wykonywanie przez KTU – Zieleń usług utrzymania zieleni miejskiej w rejonie Dolina Jasienia w Łodzi.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego KTU-Zieleń przy piśmie z dnia 20 marca 2015 r. złożyło nowy wykaz usług wraz z poświadczeniem ich należytego wykonania wystawionym przez zamawiającego.

Wiedza i doświadczenie w zakresie poz. 1,2 - stanowi potencjał udostępniony przez Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. na podstawie oświadczenia o następującej treści:

„Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. Warecka 3, 91-202 Łódź zobowiązuje się nieodpłatnie w formie doradztwa udostępnić firmie KTU- Zieleń Sp. z o.o. Warecka 3, 91-202 Łódź posiadaną wiedzę i doświadczenie zawodowe na okres korzystania z nich przez KTU -Zieleń Sp. z o.o. przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą: „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018” dla Zamawiającego-Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej.

Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. zobowiązuje się służyć wiedzą i doświadczeniem a także radą i pomocą oraz niezwłocznie stawić się na każde wezwanie i dołożyć wszelkich starań by zapewnić gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zadania.”

W formularzu oferty w przypadku korzystania z usług podwykonawców należało określić rodzaj robót powierzanych podwykonawcy.

KTU- Zieleń Sp. z o.o. oraz Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. podało, że zamierza wykonać zamówienie samodzielnie. (art. 36b Pzp)

KTU-Zieleń przy piśmie z dnia 20 marca 2015 r. uzupełniło dokumenty w zakresie braku podstaw do wykluczenia dla podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, tj. Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego Sp. z o. o.

Zamawiający uznał ww. uzupełnienia za odpowiednie. W dniu 8 i 9 kwietnia 2015 r. powiadomił wykonawców o wyniku przetargu. W zakresie części 2 zamówienia - Dolina Łódki zamawiający wybrał ofertę wykonawcy KTU Zieleń Sp. z o. o.- 95 pkt. Oferta odwołującego - 82,27 pkt. Pozostałe 2 oferty zostały odrzucone.

W zakresie części 7 zamówienia - Zdrowie Redkinia zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe Lamdar Sp. z o.o. - punktacja 100,00

Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. – punktacja 80,81pkt.

Oferta odwołującego – 79,32

Pozostała -1 oferta została odrzucona

Odwołujący nie zaskarżył wyniku przetargu z dnia 9 kwietnia 2015 r. w zakresie części 7 zamówienia - Zdrowie Redkinia.

W odwołaniu wniesionym 17 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 792/15 (część 2 zamówienia - Dolina Łódki) - na wybór oferty wykonawcy: KTU-Zieleń Sp. z o.o. odwołujący skarżył:

1) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy „KTU – Zieleń sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „przystępującym”, z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, tj. informacji o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8; 10-11 ustawy Pzp dla Prezesa zarządu podmiotu udostępniającego potencjał tj. ŁPO sp. z o.o. – R. B.,

2) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu przystępującego, z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

3) ewentualnie, zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

a) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego, pomimo że na wezwanie zamawiającego nie złożył on dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, tj. informacji o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8; 10-11 ustawy Pzp dla Prezesa zarządu podmiotu udostępniającego potencjał tj. ŁPO sp. z o.o. – R. B.,

b) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,

c) z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt b) - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, pomimo tego, że zaistniały ku temu przesłanki faktyczne i prawne.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu

2) ewentualnie - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganej w SIWZ.

Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, zatem Krajowa Izba Odwoławcza umorzyła postępowanie w sprawie sygn. akt KIO 792/15.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał wykonawcę KTU-Zieleń do uzupełnienia dokumentu w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania wykonawcy, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. W uzasadnieniu tego wezwania zamawiający wskazał, iż dotyczy ono imiennie p. R. B. członka zarządu ŁPO, tj. podmiotu udostępniającego zasoby wiedzy i doświadczenia na rzecz KTU - Zieleń. Jednocześnie zamawiający na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp wezwał KTU -Zieleń do wyjaśnień dotyczących zobowiązania podmiotu oddającego do dyspozycji zasoby wiedzy i doświadczenia na potrzeby wykonania zamówienia.

KTU – Zieleń przy piśmie z 30 kwietnia 2015 r. uzupełniło zaświadczenie o niekaralności Pana R. B., wystawione 15 grudnia 2014r., a więc nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Przedstawiło wyjaśnienia dotyczące oświadczenia z dnia 12.02.2015 r. potwierdzające dysponowaniem przez KTU-Zieleń potencjałem MPO sp. z o.o. wraz z ramową umową o współpracy wymienionych firm.

Pismem z dnia 27 kwietnia 2015 r. zamawiający wezwał Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. do uzupełnienia dokumentu informacji z KRK dla drugiego z urzędujących członków zarządu Pana R. B., jak niżej.

„Zamawiający - Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. 2013 r. poz. 907 ze zm.) zwanej dalej ustawą, wzywa do uzupełnienia dokumentu w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia Wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

Wymagany jest przedstawienie w odniesieniu do Wykonawcy aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art." 24 ust. 1 pkt. 4-8 oraz pkt. 10 i 11 ustawy dla urzędującego członka organu zarządzającego spółką - Pana R. B., wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Uzasadnienie. Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 6.4.2),

w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z postępowania, wymagany było przedstawienie:

a) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8 u.p.z.p., wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert oraz

b) aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 10 i 11 u.p.z.p., wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Ponieważ do oferty dołączono ww. dokumenty dotyczącego tylko jednego członka zarządu - Pana M. B., należy przedłożyć również powyższe informacje w stosunku do drugiego członka zarządu - Pana R. B. .

Spełnienie warunków udziału w postępowaniu należy wykazać nie później niż na dzień, w którym upłynął termin składania ofert."

ŁPO sp. z o.o. w dniu 30.04.2015 r. uzupełniło zaświadczenie o niekaralności Pana R. B., wystawione 15 grudnia 2014r., a więc nie wcześniej niż na 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert.

Komisja przetargowa zamawiającego pismem datowanym 4 maja 2015 r. informowała, jak niżej.

„Komisja Przetargowa powołana w celu przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018 w części 7 zamówienia - Zdrowie Retkinia, wnioskuje o:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej
- ponowne przeprowadzenie badania i oceny ofert
- wybór oferty najkorzystniejszej. Uzasadnienie

W dniu 10 kwietnia 2015 r. przesłano do wszystkich Wykonawców wezwania do przedłużenia terminu związania ofertą, a w stosunku do Wykonawcy, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą - Przedsiębiorstwo Drogowe „Lambdar” wezwano również do wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą. Wykonawca nie złożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz nie wniósł wadium na przedłużony okres. W związku z powyższym Wykonawca nie jest już związany, złożoną w dniu 19 lutego 2015 r. ofertą oraz nie została zachowana ciągłość zabezpieczenia oferty wadium wynikająca z art. 85 ust 4 ustawy zgodnie, z którym „przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium (...)”

Podstawowym celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest dokonanie wyboru oferty, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego (art. 2

pkt 7a ustawy). W analizowanym stanie faktycznym i prawnym, wybór najkorzystniejszej oferty, który został ogłoszony w dniu 9 kwietnia 2015 r., choć został dokonany prawidłowo, na skutek okoliczności niezależnych i niezawinionych przez Zamawiającego, stał się wyborem obarczonym wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy z pierwotnie wyłonionym Wykonawcą.

Możliwość ponownego dokonania czynności przez Zamawiającego z jego inicjatywy dopuszcza aktualne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym Zamawiający ma każdorazowo prawo do samoistnego podjęcia decyzji powtórzenia dokonanych przez siebie czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o ile uzna, iż dokonane uprzednio czynności są obarczone wadą lub zachodzą inne okoliczności uzasadniające ich unieważnienie. W ocenie Komisji okoliczność, iż dokonany wybór, który pierwotnie był prawidłowy, jednak przed zawarciem umowy stał się wadliwy, z braku przedłużenia przez Wykonawcę terminu związania ofertą i braku zabezpieczenia oferty wadium, w analizowanym stanie faktycznym może być konwalidowany przez Zamawiającego poprzez dokonanie ponownej czynności oceny ofert oraz ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej, po wcześniejszym wykluczeniu Przedsiębiorstwa Drogowego Lambdar Sp. z o. o. W związku z powyższym Komisja wnioskuje jak na wstępie. Zamawiający wykluczył Przedsiębiorstwo Drogowe Lambdar Sp. z o. o. (część 7) oraz pismem z dnia 4 maja 2015 r. poinformował wykonawców, że dokonał wyboru oferty wykonawcy Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o., której przyznał ocenę 96,00 pkt. Oferta odwołującego otrzymała 95 pkt, według kryteriów.

Podstawa prawna wraz z uzasadnieniem: Art. 91 ust. 1 ustawy, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na podstawie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz kryterium oceny ofert ustalono, iż wyżej wymieniona oferta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w ustawie oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i została oceniona jako najkorzystniejsza w oparciu o podane w specyfikacji kryteria.

Zamawiający pismem z dnia 4 maja 2015 r. poinformował wykonawców, że dokonał ponownego wyboru oferty wykonawcy KTU-Zieleń na część 2 zamówienia - Dolina Łódki.

Sygn. akt KIO 995/15

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia obydwu łącznie rozpatrywanych odwołań, skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności - przez zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie na część nr 2

oraz nr 7, co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania wobec wyboru oferty Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego sp. z o.o. na część 7 zamówienia (Zdrowie- Redkinia), należało zauważyć, iż w oparciu o dokumenty, które odwołujący obecnie kwestionuje, oferta skarżonego wykonawcy poddana była badaniu - na okoliczność spełnienia warunków, gdzie w wyniku pozytywnej weryfikacji spełnienia warunków podmiotowych - zamawiający poddał ofertę przystępującego ŁPO ocenie merytorycznej w wyznaczonych kryteriach i przydzielił jej punktację - 80,81, wyższą niż ofercie odwołującego, o czym powiadomił 9 kwietnia 2015 r. Odwołujący nie zakwestionował w terminie ustawowym wspomnianego wyżej wyniku postępowania odwołaniem, a obecnie podnosi zarzuty, które były możliwe do sformułowania po ogłoszeniu przez zamawiającego wyniku przetargu na część 7 w dniu 9 kwietnia 2015 r.

Przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia i legitymacji do korzystania ze środków ochrony prawnej są stałe w przebiegu całego postępowania. Oznacza to, że wykonawca mający rzeczywisty interes w uzyskaniu zamówienia dąży do tego w sposób konsekwentny, a nie tylko wtedy, gdy dojdzie do wniosku po kolejnej ocenie ofert, że warto jeszcze zaskarżyć wybór oferty kolejnego wykonawcy, gdyż może to odnieść dla niego pozytywny skutek. Ponowna ocena ofert - w zasadzie nie przywraca wykonawcy terminu do skarżenia czynności zamawiającego, które były dokonane i podane do wiadomości wykonawców we wcześniejszym terminie.

Rzeczywisty interes wykonawcy, może się bowiem sprowadzać nie tylko do uzyskania danego zamówienia, ale także do przewlekania postępowania przetargowego w drodze wnoszenia kolejnych środków ochrony prawnej, co jest spotykaną praktyką w sytuacji np. gdy odwołujący wykonawca aktualnie wykonuje daną usługę na rzecz zamawiającego i dąży do tego, aby ten stan rzeczy trwał jak najdłużej, co w niniejszym przypadku nie miało miejsca.

Izba poddała zarzuty odwołującego merytorycznemu rozpoznaniu z tych względów, iż według powiadomienia z dnia 9 kwietnia 2015 r. zamawiający dla części 7 wybrał ofertę wykonawcy Przedsiębiorstwo Drogowe Lamdar sp. z o.o., drugą pozycję przydzielił ofercie przystępującego ŁPO, a trzecią odwołującemu. Zaskarżenie czynności oceny oferty ŁPO, bez wzruszenia wyboru oferty Lamdar sp. z o.o. mogłoby zatem pozostać bez wpływu na wynik postępowania, a więc spowodować oddalenie odwołania w oparciu o art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Należało uwzględnić, iż zgodnie z dokonanymi wyżej ustaleniami dowodowymi, przyczyną ponownej oceny ofert dokonanej przez zamawiającego w dniu 4 maja 2015 r. w zakresie 7 części zamówienia - Zdrowie Redkinia była okoliczność, iż wybrany wykonawca

Przedsiębiorstwo Drogowe Lamdar sp. z o.o. nie złożyło oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą i nie przedłużyło wadium, co stanowiło podstawę do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i ponownego przeliczenia i ustalenia punktacji ofert. Należało również założyć, że skoro oferta przystępującego ŁPO została dopuszczona do merytorycznej oceny według kryteriów już w dniu 9 kwietnia 2015 r., oznacza to, że zdolność podmiotowa wykonawcy do realizacji przedmiotowego zamówienia została zweryfikowana przed tym terminem. Ponowna ocena ofert może się w takiej sytuacji ograniczać do podtrzymania uprzedniego wyniku badania ofert pod względem spełnienia warunków podmiotowych i do ustalenia nowej punktacji i kolejności ofert. W pewnym stopniu czynności zamawiającego dotyczyły też oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę ŁPO, gdyż na wezwanie zamawiającego z dnia 27 kwietnia 2015 r. zostało uzupełnione zaświadczenie o niekaralności dla urzędującego członka zarządu p. R. B. - co nie było jednak objęte zarzutami odwołania wobec wykonawcy ŁPO.

Nawiązując do zarzutów odwołania, trzeba było wrócić do zaszłości poprzedzających ustalenie wyniku postępowania w dniu 9 kwietnia 2015 r. W odpowiedzi na wezwanie 13 marca 2015 r. wykonawca Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. dnia 16 marca 2015r. uzupełnił żądane dokumenty - *„firma Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi przy ul. Wareckiej 3 przedstawia (...) prawidłowo wypełniony wykaz wykonanych głównych usług tj. załącznik nr 5 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Przedstawiamy również (...) zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, wystawione przez Prezesa Zarządu firmy KTU- Zieleń Sp. z o.o.”*

Do uzupełnionego wykazu usług zostały przedstawione referencje wystawione przez zamawiającego, oraz Drogi i Ogrody Sp. z o.o. - potwierdzające wykonywanie przez KTU - Zieleń usług utrzymania zieleni miejskiej w rejonie Dolina Jasienia w Łodzi.

Ocenie zamawiającego podlegały dokumenty w formie uzupełnionej na wezwanie, w tym zobowiązanie firmy KTU - Zieleń o treści: *„KTU - Zieleń Sp. z o. o., ul. Warecka 3, 91-202 Łódź, zobowiązuje się nieodpłatnie w formie doradztwa udostępnić firmie Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze Sp. z o.o. Warecka 3, 91-202 Łódź całą posiadaną wiedzę i doświadczenie zawodowe przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą: „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018” dla Zamawiającego - Miasto Łódź Zarząd Zieleni Miejskiej. KTU- Zieleń Sp. z o. o. zobowiązuje się służyć wiedzą i doświadczeniem a także radą i pomocą oraz niezwłocznie stawić się na każde wezwanie i dołożyć wszelkich starań by zapewnić gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zadania.”*

Kwestionowane przez odwołującego oświadczenie wykonawcy KTU- Zieleń sp. z o.o. o udostępnieniu wiedzy doświadczenia na rzecz ŁPO dla realizacji 7 części zamówienia, aczkolwiek związane w treści, w ocenie Izby zawiera konieczne elementy, aby mogło zostać przyjęte przez zamawiającego.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego i zamawiającego, że przystępujący ŁPO spełnił wymóg udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, przy czym polegał w tym zakresie na zasobach innego podmiotu - KTU Zieleń sp. z o.o., na zasadach określonych w art. 26 ust 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący złożył w toku postępowania oświadczenie KTU -Zieleń sp. z o.o. o udostępnieniu nieodpłatnie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa. W oświadczeniu zgodnie z wymogami SIWZ wskazano:

- zakres udostępnianych wykonawcy zasobów - wiedzę i doświadczenie
- sposób wykorzystania zasobów - korzystanie z doradztwa
- charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem – nieodpłatne użyczenie wiedzy i doświadczenia
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy realizacji zamówienia - udostępnienie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przez Przystępującego przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018."

Wbrew zarzutom odwołującego, powyższe oświadczenie wyczerpuje dyspozycję art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiącą że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

Zamawiający w ogłoszeniu oraz w SIWZ, w ślad za przytaczanym wyżej przepisem zawarł to odniesienie w postanowieniu pkt 5.2. SIWZ oraz sprecyzował dalsze wymagania wynikające z treści § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), gdyż pkt 6.2. SIWZ postanowił, „iż wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 u.p.z.p. polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, winien

złożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów zawierające, oprócz informacji o podmiocie udostępniającym i przyjmującym zasoby, co najmniej:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,*
- b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia,*
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,*
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.*

Zgodnie z przywoływaną wyżej regulacją, dane te mają służyć zamawiającemu jako narzędzie oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Zdaniem Izby czynności zamawiającego przeprowadzone zostały w sposób poprawny i dostosowany do wytycznych ustawowych.

Nie można było, bowiem dokonywać tej oceny w oderwaniu od całego zaistniałego kontekstu sytuacyjnego w danym postępowaniu przetargowym.

Po pierwsze, przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany, obejmuje „*prace na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).*” Z tych też względów udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia mogło się ograniczać do różnych form „doradztwa” i nie łączyć z bezpośrednim zaangażowaniem podmiotu udostępniającego ten zasób w realizację usługi, gdyż przewidziane prace ogrodnicze wraz z pracami porządkowymi nie cechują się szczególnym skomplikowaniem. Nawet wiedzę i doświadczenie - co cięcia pielęgnacyjnego drzew - można przekazać w tej formie.

Po drugie, zamawiający nie ustanowił żadnych wymogów, co do potencjału technicznego i kwalifikacji osób przeznaczonych do realizacji zamówienia i, co oznaczało że mogą to być osoby przyuczone w niezbędnym stopniu, które otrzymają bieżące polecenia sposobu wykonania prac.

Po trzecie, jak wynika z dokumentów rejestrowych spółka ŁPO funkcjonuje na rynku od 2002 r., KTU- Zieleń od 2012 r. Oba podmioty wykonywały w latach wcześniejszych liczne usługi na rzecz tego samego zamawiającego (co wynika z załączonych referencji), a więc należy zakładać, że zamawiający ma własną wiedzę, co do potencjału tych firm i realności podejmowanych przez nich zobowiązań.

Po czwarte, obie firmy KTU- Zieleń oraz ŁPO funkcjonują pod tym samym adresem, oznacza to, że usługi wsparcia, o których stanowi zobowiązanie KTU- Zieleń na rzecz ŁPO mogą być świadczone na bieżąco, i że firmy te ze sobą rzeczywiście współpracują.

Nie niweczy powyższej oceny okoliczność, iż w zobowiązaniu zaznaczono nieodpłatny charakter doradztwa. W myśl art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny. Zgodnie z art. 750 K.c. do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane odrębnymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Z kolei art. 735 § 1 K.c. stanowi, że jeżeli ani z umowy, ani z okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązuje się wykonać je bez wynagrodzenia, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie. Nawiązane relacje pomiędzy KTU- Zieleń a ŁPO wskazują na umowę nienazwaną o cechach zlecenia, która może być świadczona nieodpłatnie.

Ustawodawca nie bez powodu zaznaczył, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Istotne jest zatem, aby zobowiązanie pozwalało zidentyfikować łączący wykonawcę z podmiotem trzecim stosunek prawny, i aby realne wsparcie w obranej formie odpowiadało charakterowi przedmiotowego zamówienia.

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, stanowiącego wytyczne dla stosowania prawa krajowego w tym zakresie. W ujęciu przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. A więc chodzi o ustalenie adekwatnej sytuacji, zaistniałej w konkretnym postępowaniu. Przywoływany przez odwołującego wyrok Izby w sprawie KIO 791/15 dotyczył częściowo odmiennego stanu faktycznego.

Zamawiający w sposób poprawny zweryfikował i upewnił się, że wykonawca ŁPO będzie realnie mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby podmiotu trzeciego przez cały czas wykonywania zamówienia, gdyż ma do nich rzeczywisty dostęp.

Nie znajdowały zatem pokrycia w ustalonych faktach, zarzuty odwołującego, iż udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia przez KTU- Zieleń na rzecz ŁPO ma charakter fikcyjny, służący jedynie wypełnieniu przesłanek formalnych.

W końcu trzeba też mieć na uwadze, że ustawodawca wprowadzając w art. 26 ust. 2c ustawy Pzp przepis, iż podmiot który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy - stworzył dodatkowe gwarancje - w sposób istotny zwiększające wiarygodność składanych oświadczeń w tym zakresie.

Przechodząc do rozpatrzenia drugiego zarzutu, że wykonawca wybrany na część 7 zamówienia nie potwierdził odpowiednimi referencjami - faktu należytej realizacji prac, w których jako podwykonawca firmy brał udział KTU- Zieleń sp. z o.o. (na potencjale którego wykonawca ŁPO polega na zasadzie art. 26 ust. 2 b ustawy) przez zlecającego dane usługi - „Drogi i Ogrody” sp. z o.o., Izba wzięła pod uwagę wyznaczone w SIWZ warunki oceny i zakres żądanych dokumentów.

W przedłożonym na wezwanie zamawiającego „nowym” wykazie usług jako usługę, która miała potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, wybrany wykonawca wskazał też usługę wykonaną przez „Drogi i Ogrody” sp. z o. o. w latach 2012-2014 polegającą na „Utrzymaniu terenów zieleni miejskiej w rejonie Dolina Jasienia” Do Wykazu usług wykonawca ŁPO załączył dowód w postaci „Referencji” wystawionych w dniu 28 listopada 2014 r. przez firmę „Drogi i Ogrody” sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi.

Bezsporne są fakty, że referencje te zostały wystawione przez zlecającego: „Drogi i Ogrody” sp. z o.o. na rzecz podmiotu KTU -Zieleń sp. z o.o., na potencjale którego to polega wybrany wykonawca ŁPO wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podmiot KTU - Zieleń był natomiast podwykonawcą „Drogi i Ogrody” sp. z o.o.

Załączony do „nowego” Wykazu usług dokument referencji istotnie nie potwierdzają wprost, że usługi te zostały wykonane przez podmiot KTU- Zieleń należycie, okoliczność taką można wywodzić natomiast z samej jego nazwy „REFERENCJE”, czyli inaczej - pozytywne polecenie danej firmy.

Niezależnie od powyższego, odwołujący przemilczał podnosząc ten zarzut, że zamawiający postanowił, iż w przypadku, gdy: *„Zamawiający tj. Miasto Łódź - Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi bądź inne jednostki organizacyjne Miasta Łódź, które weszły w skład obecnego Zarządu Zieleni Miejskiej był podmiotem, na rzecz którego wykonano prace wskazane w wykazie, Wykonawca nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa powyżej.”* Postanowienie to odnosi się do referencji, poświadczeń należytego wykonania usługi i wynika z upoważnienia przepisu § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), który stanowi, że w przypadku, gdy zamawiający jest pomiotem, na rzecz którego (...) usługi zostały wcześniej wykonane nie ma obowiązku przedkładania dowodów, o których mowa w ust. 2, tj. poświadczeń należytego wykonania.

Odwołujący nie wykazał, że usługi „Utrzymania terenów zieleni miejskiej w rejonie „Dolina Jasienia” nie mieszczą się w zakresie podległości i kompetencji zamawiającego, lub innych wskazanych jednostek. Z opisu niniejszego przedmiotu zamówienia wynika, że usługi w rejonie „Dolina Jasienia” objęte są częścią nr 4 przedmiotowego postępowania.

Wykonawca, będący podwykonawcą oznaczonego zamówienia jest uprawniony, aby w pełnym zakresie posługiwać się referencjami zamawiającego, wydanymi dla podmiotu, z którym ten miał zawartą umowę, niezależnie od tego, jakie faktyczne czynności wykonywał podwykonawca w ramach świadczenia usługi referencyjnej.

Z powyższych względów przystępujący nie miał obowiązku składania dowodów potwierdzających należyte wykonanie przedmiotowej usługi, a dokument niewymagany, który został przedłożony - nie może powodować dla wykonawcy negatywnych skutków. Należyte wywiązanie się z realizacji danej usługi - ustawodawca w takim przypadku pozostawił bowiem dyskrejonalnej ocenie zamawiającego.

Stawiane zarzuty naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), poprzez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego Sp. z o.o. na część 7 - Zdrowie Retkinia, pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia tj. naruszenia:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz
 - 2) art. 26 ust. 2b ustawy Pzp
- nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym sprawy.

W konsekwencji, nie doszło też do naruszenia zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie rozpatrywane pod sygn. akt KIO 995/15 o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia. (Dz. U. Nr 41, poz. 238), Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego.

Sygn. akt KIO 996/15

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołujący wykazał legitymację w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do wniesienia obydwu łącznie rozpatrywanych odwołań, skoro wykazywał, że w wyniku dokonania zaskarżonych czynności zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, został pozbawiony możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie na część nr 2 oraz nr 7, co prowadziło do poniesienia szkody przez odwołującego wskutek utraty szans na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów tego odwołania wobec wyboru oferty wykonawcy KTU- Zieleń sp. z o.o. należało odnieść się do zarzutów i żądań odwołującego w odwołaniu, w odniesieniu do którego postępowanie odwoławcze zostało umorzone z uwagi na uwzględnienie przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu -w sprawie o sygn. akt KIO 792/15.

Niewątpliwie, jak podaje treść uzasadnienia postanowienia Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 792/15 w odwołaniu wniesionym 17 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 792/15 (część 2 zamówienia -Dolina Łódki) - na wybór oferty wykonawcy: KTU -Zieleń Sp. z o.o. odwołujący skarżył czynności:

- 1) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu wykonawcy „KTU - Zieleń sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, zwanego dalej „przystępującym”, z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, tj. informacji o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8; 10-11 ustawy Pzp dla Prezesa zarządu podmiotu udostępniającego potencjał tj. ŁPO sp. z o.o. – R. B.,
- 2) zaniechania przez zamawiającego czynności polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu przystępującego, z powodu niezłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
- 3) ewentualnie, zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia

przystępującego, pomimo że na wezwanie zamawiającego nie złożył on dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, tj. informacji o niekaralności w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8; 10-11 ustawy Pzp dla Prezesa zarządu podmiotu udostępniającego potencjał tj. ŁPO sp. z o.o. – R. B.,

b) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu przystępującego pomimo, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia,

c) z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę zarzutu wskazanego w pkt b) - art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, pomimo tego, że zaistniały ku temu przesłanki faktyczne i prawne.

W oparciu o przywołane zarzuty i przedstawioną w uzasadnieniu odwołania argumentację odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu

2) ewentualnie - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, w tym wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganej w SIWZ.

Żądanie zamawiającego miało więc charakter alternatywny, albo odrzucenie oferty KTU – Zieleń, albo ponowne badanie tej oferty, poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów. Jeżeli zatem, wykonawca formułuje żądania alternatywne musi się liczyć z tym, że zamawiający w ramach obowiązku nałożonego przepisem art. 186 ust. 3 ustawy Pzp wykonania, powtórzenia unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w związku z jego całkowitym uwzględnieniem - może pójść jedną z dróg wytyczonych żądaniem wniesionego odwołania i wezwać skarżonego wykonawcę do uzupełnienia dokumentów - które w efekcie może doprowadzić do ponownego wyboru tej samej oferty. Czynność wezwania wykonawcy KTU -Zieleń do uzupełnienia dokumentów została dokonana zgodnie z żądaniem odwołującego.

Nielogiczne i niecelowe byłoby jakiegokolwiek wzywianie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, skoro w efekcie - bez względu na poprawność tego uzupełnienia - zamawiający i tak musiałby tę ofertę odrzucić - jak postulował odwołujący, gdyż jednym ze swoich żądań objął taką opcję.

Żądanie wykonawcy postawione w odwołaniu powinno być jednoznaczne, aby wykonawca mógł wywodzić, że przepis art. 186 ust. 3 ustawy Pzp został naruszony. Nie zgłasza się wniosków aby w ramach ponownej oceny oferty dopuszczać uzupełnienie dokumentów, jeżeli przy tym się wywodzi, że oferta konkurenta jest na tyle wadliwa, iż nie kwalifikuje się do poprawy w żadnym z trybów dopuszczonych w ustawie Pzp i winna zostać odrzucona.

Skoro odwołujący zarzucał wadliwość ocen zamawiającego wobec oferty KTU- Zieleń, ale jednocześnie uznał, że możliwe jest jej uzdrowienie poprzez wezwanie do uzupełnienia dokumentów, tym samym przedstawił sprzeczne ze sobą żądania, świadczące o tym, że nie sformułował żądania odrzucenia oferty KTU- Zieleń w sposób jednoznaczny i kategoryczny.

W ogólności Izba nie dostrzega interesu odwołującego wykonawcy, a zatem także jego legitymacji proceduralnej do stawiania zarzutów, iż zamawiający względem oferty konkurenta zaniechał procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów oferty. W interesie własnym wykonawcy leży jedynie wyeliminowanie konkurenta, i tą drogą pozyskanie zamówienia publicznego na swoją rzecz, a więc wskazywanie wyłącznie na wadliwość skarżonej oferty. To rolą przystępującego, względnie zamawiającego jest wykazywanie, że jeżeli nawet skarżona oferta jest wadliwa, to nie zostały wyczerpane dopuszczalne drogi jej poprawy. Izba może nakazać odrzucenie oferty, jeżeli stwierdza, że jej wadliwość ma charakter nieusuwalny. W innych przypadkach, Izba nakazuje ponowną ocenę oferty z zastosowaniem np. procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, chyba że uprzednio została ona wyczerpana.

Z powyższego wynika, że zamawiający działał poprawnie, stosownie do przepisu art. 186 ust. 3 ustawy Pzp - w ogólności wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. Sporny mógł pozostawać zakres tego wezwania.

Ad zarzut 1. Naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego błędne zastosowanie i w konsekwencji powtórne wezwanie wykonawcy KTU -Zieleń pismem z dnia 27 kwietnia 2015 roku, do uzupełnienia dokumentów podmiotowych tj. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 4-8 oraz pkt. 10-11 ustawy Pzp dla urzędującego członka organu zarządzającego podmiotu Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o., na zasobach którego polega wykonawca KTU - Zieleń na zasadzie określonej w art. 26 ust 2b ustawy Pzp, pomimo tego, że zamawiający już

raz, pismem z dnia 13 marca 2015r. wzywał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów w tożsamym zakresie.

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu, i to z dwóch przyczyn. Po pierwsze, zdaniem Izby zamawiający w ogólności nie był uprawniony, aby wymagać przedłożenia dokumentów podmiotu trzeciego ŁPO, który użyczał swój potencjał wiedzy i doświadczenia na rzecz przystępującego KTU - Zieleń, dotyczących informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 4-8 oraz pkt. 10-11 ustawy Pzp dla urzędującego członka organu zarządzającego.

Zamawiający w 6.5.1. SIWZ zapisał, że jeżeli „Wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 U.P.Z.P., polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b U.P.Z.P., a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt. 6.4.1 - 6.4.7. SIWZ.”

Informacja o niekaralności członka zarządu spółki mieści się w punkcie 6.4.5 i 6.4.7 SIWZ. Wyraźne zatem było zastrzeżenie, że wymaganie dotyczy wyłącznie podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega wykonawca, ale jednocześnie takiego, który będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Zapis ten jest zgodny z treścią przepisu § 1 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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), który stanowi, że jeżeli wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1 -3.

Wykonawca KTU - Zieleń w ofercie deklarował samodzielne wykonanie zamówienia, a doradztwo nie jest równoznaczne z udziałem w realizacji zamówienia.

Z ustaleń dowodowych wynika, że podmiot trzeci Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. użycza swego zasobu wiedzy i doświadczenia na rzecz KTU - Zieleń sp. z o.o. w formie doradztwa, co nie stanowi udziału w realizacji części zamówienia i informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 4-8 oraz pkt. 10-11 ustawy Pzp dla urzędującego członka organu zarządzającego podmiotu Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. p. R. B. nie powinna być wymagana.

Zamawiający nie jest uprawniony, aby odstępować na etapie oceny ofert od warunków, które ustanowił i podał do wiadomości i stosowania przez wykonawców w SIWZ. Dokument niewymagany w SIWZ, nie stanowi podstawy oceny oferty.

Odwołujący wiedział, że pismem z dnia 13 marca 2015r. zamawiający wzywał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów, w tożsamym zakresie, mimo tego w odwołaniu wniesionym 17 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 792/15 (część 2 zamówienia -Dolina Łódki) - na wybór oferty wykonawcy: KTU-Zieleń Sp. z o.o. tego się domagał ponownie. Ponowne wezwanie było więc konsekwencją uwzględnienia zarzutów i żądań samego odwołującego - przedstawionych w uwzględnionym odwołaniu.

Ponadto, w ocenie Izby pismo z dnia 13 marca 2015r., gdzie zamawiający wzywał wykonawcę KTU do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie ogranicza się do powtórzenia treści odnośnych postanowień SIWZ, co nie spełnia przesłanki prawidłowego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym zamawiający powinien podać konkretnie jaki brak w ofercie wykonawcy znajduje, i z jakich przyczyn.

W takich okolicznościach - jeżeli przystępujący KTU podporządkował się ponownemu wezwaniu z dnia 27 kwietnia 2015 roku, i przedstawił informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt. 4-8 oraz pkt. 10-11 ustawy Pzp dla urzędującego członka organu zarządzającego podmiotu Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. p. R. B., nie stanowi to naruszenia art. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Ad zarzut 2. Naruszenia art. 26 ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 2b, art. 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez wezwanie wykonawcy KTU Zieleń, pismem z dnia 27 kwietnia 2015r. do wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, dotyczących zobowiązania podmiotu "Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze" Sp. z o.o. (ŁPO sp. z o.o.), złożonego w trybie art. 26 ust 2b ustawy Pzp, które to wezwanie według odwołującego jest wadliwe bowiem:

- prowadzić ma w istocie do zastąpienia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust 2 b ustawy Pzp (a który to dokument uzupełnić można wyłącznie w trybie art. 26 ust. 3) - wyjaśnieniami wykonawcy składanymi w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp
- stanowi nieuprawnioną próbę obejścia zakazu ponownego wzywania o uzupełnienie dokumentów w tych samych okolicznościach (zamawiający już raz, pismem z dnia 13 marca 2015r., wzywał Wykonawcę KTU Zieleń, do uzupełnienia dokumentów w tożsamym z ww. wezwaniem zakresie).

Zarzut nie podlegał uwzględnieniu, zamawiający wykonał, bowiem żądania stawiane przez odwołującego w poprzednim uwzględnionym odwołaniu, a które to zrealizowane własne żądania - odwołujący obecnie kwestionuje.

Izba podzieliła stanowisko przystępującego KTU- Zieleń, że spełnił wymóg udziału w postępowaniu w postaci dysponowania odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, przy czym

polegał w tym zakresie na zasobach innego podmiotu - Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego sp. z o.o., na zasadach określonych w art. 26 ust 2 b ustawy Prawo zamówień publicznych. Przystępujący złożył w toku postępowania oświadczenie Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego sp. z o.o. udostępnieniu nieodpłatnie wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa. W oświadczeniu zgodnie z wymogami SIWZ wskazano:

- zakres udostępnianych wykonawcy zasobów - wiedzę i doświadczenie
- sposób wykorzystania zasobów - korzystanie z doradztwa
- charakter stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotem -nieodpłatne użyczenie wiedzy i doświadczenia
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy realizacji zamówienia - udostępnienie wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przez Przystępującego przy wykonywaniu zamówienia pod nazwą „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015-2018.

Z uwagi na niemal jednobrzmiącą treść omawianych zobowiązań, Izba dokonała takiej samej oceny tych dokumentów, jak w sprawie sygn. akt KIO 995/15, tzn.

W okolicznościach tej sprawy zobowiązanie podmiotu Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego sp. z o.o. na rzecz KTU- Zieleń należało uznać za poprawne pod względem przytoczonych w uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 995/15 wymagań ustawowych, powtórzonych w ogłoszeniu i w SIWZ.

Po pierwsze, przedmiot zamówienia nie jest skomplikowany, obejmuje *„prace na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).”* Z tych też względów udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia mogło się ograniczać do różnych form „doradztwa” i nie łączyć z bezpośrednim zaangażowaniem podmiotu udostępniającego ten zasób w realizację usługi, gdyż ww. prace ogrodnicze wraz z pracami porządkowymi nie cechują się szczególną złożonością.

Po drugie, zamawiający nie ustanowił żadnych wymogów, co do kwalifikacji osób przeznaczonych do realizacji zamówienia, co oznaczało, że mogą to być osoby przyuczone w niezbędnym stopniu, które otrzymają bieżące polecenia sposobu wykonania prac.

Po trzecie, jak wynika z dokumentów rejestrowych spółka ŁPO funkcjonuje na rynku od 2002 r., KTU- Zieleń od 2012 r. Oba podmioty wykonywały w latach wcześniejszych liczne usługi na rzecz tego samego zamawiającego (co wynika z załączonych referencji), a

więc należy zakładać, że zamawiający ma własną wiedzę, odnośnie potencjału tych firm i realności podejmowanych przez nich zobowiązań.

Po czwarte, obie firmy KTU- Zieleń oraz ŁPO funkcjonują pod tym samym adresem, oznacza to, że usługi wsparcia, o których stanowi zobowiązanie ŁPO na rzecz KTU- Zieleń mogą być świadczone na bieżąco, i że firmy te ze sobą rzeczywiście współpracują.

Nie niweczy powyższej oceny okoliczność, iż w zobowiązaniu zaznaczono nieodpłatny charakter doradztwa. Zgodnie z art. 14 ustawy Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu stosuje się przepisy ustawy Kodeks cywilny. Zgodnie z art. 750 K.c. do umów o świadczenie usług, które nie są uregulowane odrębnymi przepisami, stosuje się odpowiednio przepisy o zleceniu. Z kolei art. 735 § 1 K.c. stanowi, że jeżeli ani z umowy, ani z okoliczności nie wynika, że przyjmujący zlecenie zobowiązuje się wykonać je bez wynagrodzenia, za wykonanie zlecenia należy się wynagrodzenie. Nawiązane relacje pomiędzy KTU- Zieleń a ŁPO wskazują na umowę nienazwaną o cechach zlecenia, która może być świadczona nieodpłatnie.

Ustawodawca nie bez powodu zaznaczył, że wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Istotne jest zatem, aby zobowiązanie pozwalało zidentyfikować łączący wykonawcę z podmiotem trzecim stosunek prawny, i aby rzeczywiste wsparcie w obranej formie odpowiadało charakterowi przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w sposób poprawny zweryfikował i upewnił się, że wykonawca KTU- Zieleń będzie realnie mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby ŁPO przez cały czas wykonywania zamówienia, gdyż ma do nich rzeczywisty dostęp.

Nie znajdowały zatem pokrycia w ustalonych faktach, zarzuty odwołującego, iż udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia przez ŁPO na rzecz KTU- Zieleń ma charakter fikcyjny, służący jedynie wypełnieniu przesłanek formalnych.

Przepis art. 26 ust. 2c ustawy Pzp stanowiąc, że podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy - stwarza dodatkowe gwarancje na rzecz wiarygodność składanych oświadczeń w tym zakresie.

Izba nie podzieliła zarzutu odwołującego wskazującego, że udostępnienie przystępującemu zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia przez ŁPO sp. z o. o. nie ma charakteru rzeczywistego. Ze złożonego w toku postępowania oświadczenia o udostępnieniu zasobów wynika, że ŁPO sp. z o.o. w całym okresie realizacji zamówienia umożliwiła

przystępującemu korzystanie z doradztwa opartego na wiedzy i doświadczeniu - ŁPO sp. z o.o. Zapewniona tym samym możliwość uzyskania porady i pomocy merytorycznej, stanowi w ocenie Izby rzeczywiste udostępnienie wiedzy i doświadczenia - stosowne do złożoności przedmiotu zamówienia. Stąd przystępujący ma faktyczną możliwość wykorzystania tego potencjału w toku realizacji zamówienia. Tym samym, zarzut braku wykazania rzeczywistego udostępnienia zasobu i możliwości korzystania z niego, uznać trzeba było za chybiony.

Wezwanie do złożenia wyjaśnień, skierowane do przystępującego w dniu 27 kwietnia 2015 r. dokonane na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp - pozostało bez wpływu na powyższą ocenę Izby, gdyż pierwotny dokument, mimo jego zwięzłej formy, mieścił treść spełniającą przesłanki ustawowe, zatem był wystarczający do potwierdzenia spełniania warunku. Dokumenty oraz wyjaśnienia złożone na powyższe wezwanie zamawiającego - można uznać jedynie za elementy potwierdzające dodatkowo realność przedstawionego zobowiązania.

Zamawiającemu złożono na pierwsze wezwanie - zobowiązanie podmiotu trzeciego, jako dowód w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, który umożliwił ustalenie, że przystępujący zapewnił sobie dysponowanie zasobem wiedzy i doświadczenia ŁPO w trakcie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu, zgodnie z treścią § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Ad zarzut 3. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy KTU - Zieleń Sp. z o.o., pomimo że na wezwanie zamawiającego nie przedłożył on dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie braku podstaw do wykluczenia, tj. aktualnej informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust 1 pkt 4-8; 10-11 ustawy Pzp dla Prezesa Zarządu podmiotu udostępniającego potencjał tj. Łódzkiego Przedsiębiorstwa Ogrodniczego Sp. z o.o. (ŁPO sp. z o.o.) – R. B. .

Zarzut ten nie podlegał uwzględnieniu z przyczyn omówionych w rozpatrzeniu zarzutu Ad 1 jak wyżej. Wykonawca KTU - Zieleń nie podlegał wykluczeniu z postępowania z ww. przyczyn wskazywanych przez odwołującego.

Ad zarzut 4. Naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez zamawiającego wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy KTU -Zieleń sp. z o.o. pomimo tego, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Zarzut ten nie podlegał uwzględnieniu z przyczyn omówionych w rozpatrzeniu zarzutu Ad 2 jak wyżej. Wykonawca KTU - Zieleń nie podlegał wykluczeniu z postępowania z ww. przyczyn wskazywanych przez odwołującego.

W konsekwencji, nie doszło też do naruszenia zasady postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – równego traktowania wykonawców, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie rozpatrywane pod sygn. akt KIO 996/15 o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 10 ustawy Pzp. Izba zaliczyła uiszczony przez odwołującego wpis na poczet kosztów postępowania odwoławczego, stosownie do postanowień § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....

