

Sygn. akt KIO 2979/13

KIO 2987/13

WYROK

z dnia 13 stycznia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2014 r. odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2013 r. przez Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu oraz w dniu 27 grudnia 2013 r. przez Daniela B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Daniel B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd w Żaganiu w postępowaniu prowadzonym przez Jednostkę Wojskową 4217 w Gliwicach

przy udziale Daniela B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Daniel B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd w Żaganiu zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2979/13 po stronie zamawiającego oraz Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2987/13 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddała odwołanie Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu, uwzględnia odwołanie Daniela B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Daniel B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd w Żaganiu i nakazuje Jednostce Wojskowej 4217 w Gliwicach unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Daniela B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Daniel B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd w Żaganiu oraz powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z zastosowaniem art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wobec Daniela B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Daniel B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd w Żaganiu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 30 000 zł 00 gr (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu i Daniela B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Daniel B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd Żagań tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu na rzecz Daniela B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Daniel B. Biuro Projektowe Ogrody Hesperyd w Żaganiu kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Impel Cleaning Sp. z o. o. we Wrocławiu na rzecz Jednostki Wojskowej 4217 w Gliwicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 we Wrocławiu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jednostka Wojskowa 4217 w Gliwicach - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług utrzymania czystości w budynkach i na terenach zewnętrznych oraz odśnieżania w kompleksach wojskowych administrowanych przez JW 4217 z podziałem na 10 zadań.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2013/S 211-366129 z dnia 30 października 2013 r.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

18 grudnia 2013 r. zamawiający przesłał informację o wyniku postępowania o udzielanie zamówienia publicznego. Zamawiający wybrał w części 8 postępowania ofertę złożoną przez Justynę S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą PRINT-LINE Justyna S. w Gliwicach (dalej jako „PRINT-LINE”), w części 9 ofertę złożoną przez Impel Cleaning Sp. z o.o. we Wrocławiu.

W związku z dokonaniem wyborem odwołania wnieśli wykonawcy: 24 grudnia 2013 r. Impel Cleaning Sp. z o.o., 27 grudnia 2013 r. Daniel B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BIURO PROJEKTOWE OGRODY HESPERYD Daniel B. w Żaganiu (dalej jako „HESPERYD”).

Obaj odwołujący zachowali został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołanie wniesione przez Impel Cleaning Sp. z o.o. (sygn. akt. KIO 2979/13):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy przez zaniechanie w zadaniu nr 8 odrzucenia oferty złożonej przez PRINT-LINE jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 4 ustawy przez zaniechanie w zadaniu nr 9 odrzucenia oferty złożonej przez HESPERYD - jako zawierającej rażąco niską cenę do przedmiotu zamówienia, a ponadto stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji;

4) art. 91 ust 1 ustawy przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uchYLENIE czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 8 i 9 oraz o nakazanie zamawiającemu odrzucenia w zadaniu nr 8 i 9 na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 4 ofert złożonych odpowiednio przez PRINT-LINE i HESPERYD oraz dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z postępowania w zadaniu nr 8 i w zadaniu nr 9.

W uzasadnieniu odwołujący powołał ceny ofert złożonych w części 8 i 9.

W części 8 oferty złożyli:

1. HESPERYD z ceną 956 575,34 zł;
2. Konsorcjum MEGATHERM - 895 567,89 zł;
3. Jan R. RAJAN A.U.H. - 886 746,92 zł;
7. PRINT-LINE - 531. 233,67 zł;
9. odwołujący - 850 626,54 zł.

W części 9 oferty złożyli:

1. HESPERYD z ceną 258 067,85 zł;
2. odwołujący - 370 449,86 zł.

Odwołujący powołał, że w części 8 różnica ceny brutto oferty PRINT-LINE do oferty odwołującego wynosi - ok. 319.000 zł i jest to wartość niższa o 38%, która kształtuje również różnicę na poziomie 40% między ofertą wybraną a ofertą odwołującego i pozostałych wykonawców.

Odwołujący powołał wymagania zamawiającego określone w pkt 12, str. 37 SIWZ, w tym możliwość sprzątnięcia przez jednego pracownika powierzchni nie większej niż 1.500 m². Wskazał również na wzrost płacy minimalnej oraz przewidywane przez siebie koszty zakupu niezbędnych materiałów oraz koszty sprzętu. Analizując przyjęte dane wartościowe doszedł do przekonania, że oferty wybranych wykonawców zawierają warunki cenowe, które są wadliwie i nieprawidłowo skalkulowane z dużym elementem niedoszacowania kosztów, bez uwzględnienia aktualnych cen rynkowych oraz uwzględnienia większości parametrów realizacji usługi wskazanych przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej również jako „SIWZ”.

HESPERYD przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Odwołanie wniesione przez HESPERYD (sygn. akt KIO 2987/13):

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 i art. 91 ust. 1 i 2 ustawy przez wybór oferty Impel Cleaning Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej;
- 2) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 4 ustawy przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w zakresie przyjęcia oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., która zastosowała cenę wyższą od najkorzystniejszej oferty odwołującego;
- 3) art. 24 ust. 1 ustawy przez odrzucenie oferty odwołującego, mimo spełnienia wszystkich warunków określonych przez zamawiającego w SIWZ, zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegających na wyborze oferty Impel Cleaning Sp. z o.o., powtórnego dokonania czynności badania i oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący zażądał ponadto wpłaty kwoty stanowiącej uzasadnione koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów dojazdu, przesyłek i innych oraz dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania dotyczących części 9.

W uzasadnieniu odwołujący przywołał stanowisko zamawiającego, zawarte w informacji o wynikach postępowania, zgodnie z którym zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24. ust.2 pkt 4 Pzp. Zamawiający uznał, że odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, gdyż nie wykazał, iż w ostatnich 3 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności krótszy - w tym okresie - należycie zrealizował 2 usługi sprzątnia o łącznej wartości 250.000 zł. Odwołujący w złożonym wykazie usług przedstawił jedną usługę zrealizowaną samodzielnie, natomiast drugą zrealizowaną przez podmiot udostępniający zasoby. Według zamawiającego dla spełnienia warunku wiedzę i doświadczenie musi posiadać jeden podmiot.

Zamawiający uznał również, że dokumenty podmiotu udostępniającego doświadczenie są niepełne. Nie zostało złożone oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunków o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp złożonego przez ten podmiot.

Odwołujący podniósł, że w trakcie postępowania został pismem z 12 grudnia 2013 r. wezwany przez zamawiającego do przedstawienia wykazu usług, którego nie złożył wraz z ofertą oraz wykazania jakie części zamówienia będzie zlecał podwykonawca zgodnie z pkt XIX SIWZ.

Wskazał, że pismem z 13 grudnia 2013 r. niezwłocznie i terminowo złożył:

- 1) załącznik nr 5 do SIWZ - wykaz usług wraz z udokumentowaniem stosownego

doświadczenia w postaci referencji oraz faktury i dowodu bankowego zapłaty należności wynikającej z faktury;

- 2) zaświadczenie Urzędu Skarbowego dla Pana Adama N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Sprzątanía Wnętrz Adam N. w Szczecinie, dalej jako: „Pan Adam N.”;
- 3) zaświadczenie ZUS Pana Adama N.;
- 4) zapytanie o karalność Pana Adama N.;
- 5) Zobowiązanie Pana Adama N..

Odwołujący zarzucił, że działanie zamawiającego narusza prawo. Twierdził również, że oświadczenie o niepodleganiu wykluczenia z postępowania nie było dokumentem wymaganym w SIWZ.

Impel Cleaning Sp. z o.o. przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu. Zamawiający przed otwarciem posiedzenia uwzględnił w całości zarzuty odwołania w sprawie KIO 2987/13, wobec czego przystępujący Impel Cleaning Sp. z o.o. wniósł sprzeciw.

Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony i uczestnicy podtrzymali dotychczasowe stanowiska. Zamawiający w sprawie KIO 2979/13 wnosil o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie wniesione przez Impel Cleaning Sp. z o.o. (sygn. akt KIO 2979/13)

Ceny ofert złożonych w części 8 i 9 postępowania oraz treści pkt 12 SIWZ zostały przywołane przez odwołującego zgodnie z rzeczywistym stanem rzeczy. Izba przyjmuje je za własne ustalenia faktyczne.

W pierwszej kolejności Izba rozważyła spełnianie przez odwołującego wymagań wynikających z art. 179 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują m.in. wykonawcy, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Niezbędne jest zatem stwierdzenie, po pierwsze, że wykonawca posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia, po drugie, że poniósł lub może ponieść szkodę i po

trzecie, że szkoda jest lub może być wynikiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Zamawiający podnosił na rozprawie, że odwołujący nie może uzyskać zamówienia w części 8, gdyż złożona przez niego oferta zawiera cenę wyższą, niż kwota, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia oraz, że odwołanie w części 9 jest przedwczesne, gdyż to oferta odwołującego została uznana w tej części zamówienia za najkorzystniejszą.

Izba uznała, że odwołujący jako wykonawca, który złożył ofertę w części 8 i 9 ma interes w uzyskaniu zamówienia w tych częściach. Spełnienie przesłanki interesu wynika już z samego faktu złożenia oferty. Zamawiający kwestionuje w istocie przesłankę szkody, która - podobnie jak interes w uzyskaniu zamówienia - jest wymaganiem bezwzględnym wynikającym z art. 179 ust. 1 Pzp.

Złożenie przez odwołującego w części 8 oferty z ceną, która jest wyższa, niż kwota którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nie powoduje braku ziszczenia przesłanki szkody. Zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp szkoda grożąca odwołującemu się wykonawcy może mieć hipotetyczny charakter. Możliwość poniesienia szkody przez odwołującego wyraża się w utracie możliwości wybrania jego oferty i utracie ekspektatywy uzyskania zamówienia.

Przepisy ustawy pozwalają zamawiającemu na zwiększenie kwoty przeznaczonej na sfinansowanie zamówienia, zatem przyszłe, ewentualne unieważnienie postępowania, którego zamawiający dokona w razie uwzględnienia odwołania, nie może skutkować odstąpieniem od badania zarzutów podniesionych przez odwołującego.

Badanie przesłanek wymaganych przez art. 179 ust. 1 Pzp następuje w indywidualnych okolicznościach danego postępowania odwoławczego.

W odniesieniu do części 9 Izba zważyła, że zamawiający uznał ofertę odwołującego za najkorzystniejszą, w związku z wykluczeniem HESPERYD, wykonawcy który złożył ofertę z niższą ceną. Gdyby wykluczenie nie nastąpiło, to oferta HESPERYD zostałaby uznana za najkorzystniejszą. Wykonawca ten wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania. Uwzględnienie odwołania i powtórzenie przez zamawiającego czynności w postępowaniu może prowadzić do utraty przez ofertę odwołującego statusu oferty najkorzystniejszej.

W badanej sprawie Izba uznała zatem, że podnoszenie przez odwołującego zarzutów wobec oferty HESPERYD, która na dzień wniesienia odwołania jest uznana za odrzuconą (art. 24

ust. 4 Pzp) jest zgodne z interesem odwołującego w uzyskaniu zamówienia i zmierza do zapobieżenia możliwości poniesienia przez niego szkody.

Podzielenie przeciwnego poglądu zamawiającego oznaczałoby, że odwołujący może podnosić zarzuty dopiero w razie wyboru oferty HESPERYD jako najkorzystniejszej. Tymczasem zasada koncentracji środków ochrony prawnej nakazuje jednocześnie rozpoznanie zarzutów dotyczących oferty złożonej przez danego wykonawcę.

Art. 179 ust. 1 Pzp nie może być więc interpretowany w sposób prowadzący do ograniczenia wykonawcy możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej na najwcześniejszym etapie postępowania, w którym mogą one być wniesione. Ograniczenie takie niesie skutek wydłużenia procedury udzielania zamówienia, co nie leży w interesie publicznym.

Prezentowany pogląd, zgodny z wykładnią językową i celowościową art. 179 ust.1 Pzp, wspierają również argumenty natury systemowej.

Art. 180 ust. 2 Pzp ogranicza możliwość skorzystania przez wykonawcę ze środków ochrony prawnej wyłącznie w odniesieniu do zamówień, których wartość nie przekracza kwot wskazanych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Skoro ograniczenie takie nie zostało wprowadzone w stosunku do zamówień o większej wartości, to katalog czynności zamawiającego, które mogą być kwestionowane w takich postępowaniach jest nieograniczony. W takiej sytuacji zawężająca wykładnia art. 179 ust. 1 Pzp nie znajduje uzasadnienia.

Izba rozpoznała zatem odwołanie co do istoty, jednak uznała, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp. Zgodnie z jednolitym stanowiskiem doktryny i orzecznictwa odrzucenie oferty na podstawie powołanego przepisu może nastąpić wyłącznie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, o którym mowa w art. 90 ust.1 Pzp.

Zamawiający nie przeprowadził takiego postępowania w odniesieniu do PRINT-LINE i HESPERYD. Żądanie odrzucenia ofert tych wykonawców jest całkowicie chybione z powodu przedwczesności zarzutu.

Istota sporu sprowadza się do ustalenia, czy zamawiający zobowiązany jest do wystąpienia do wykonawców o wyjaśnienia zgodnie z art. 90 ust. 1 Pzp.

Przepis ten stanowi, że zamawiający w celu ustalenia, czy oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, zwraca się do wykonawcy o udzielenie w określonym terminie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na jej cenę.

Odwołujący uzasadniając podejrzenie rażąco niskich cen w ofercie konkurencji odwołuje się wyłącznie do cen ofert złożonych w tych częściach. Tymczasem przywołany art. 90 ust. 1 Pzp podobnie, jak art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, nakazuje odniesienie badanej ceny do przedmiotu zamówienia. Przedmiot zamówienia, w tym jego wartość, są zatem podstawowym punktem odniesienia przy badaniu ceny oferty.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wartość szacunkowa części 8 zamówienia wynosi 623 377, 97 zł netto, a na sfinansowanie zamówienia przeznaczył kwotę 738 165,40 zł. Natomiast wartość zamówienia w części 9 wynosiła - 420 667, 92 zł netto, a kwota na sfinansowanie zamówienia 460 768,48 zł. brutto. Wyjaśnił też, że podstawą do dokonanych szacunków była średnia cena ofert złożonych w poprzednim postępowaniu, nie zaś cena za jaką zamówienie to było wykonywane. Taki stan rzeczy dowodzi, że sama wartość przedmiotu zamówienia nie może być miarodajnym punktem odniesienia przy badaniu cen najkorzystniejszych ofert.

W orzecznictwie dotyczącym badania ceny oferty ukształtował się pogląd, wyrażony m.in. w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z 30 stycznia 2007 r., (sygn. akt: XIX Ga 3/07), że: „o cenie rażąco niskiej można mówić wówczas, gdy oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych.

W postępowaniu, którego przedmiot zamówienia został podzielony na części, badanie aktualnych realiów rynkowych powinno dotyczyć całego postępowania, chyba, że poszczególne części zamówienia mają specyficzne cechy wpływające na ceny składanych w nich ofert, co w badanej sprawie nie zostało wykazane.

Zamawiający oświadczył, że ceny, które zamawiający uzyskał w całym postępowaniu wahały się od 49%-60% wartości zamówienia. Odwołujący temu nie zaprzeczył, ani nie podniósł, że realia rynku są inne.

W tej sytuacji Izba uznała, że brak jest podstaw do poddawania w wątpliwość cen oferty wynoszących 71% i 56% wartości zamówienia (odpowiednio w częściach 8 i 9).

Ciężar dowodu spoczywał w okolicznościach sporu na odwołującym, który zarzucał cenom ofert PRINT-LINE i HESPERYD rażąco niski charakter.

Odwołujący tymczasem budował swoje stanowisko na błędnych założeniach w postaci konieczności uwzględniania dla potrzeb obliczenia ceny oferty kosztów wynagrodzenia minimalnego oraz rozciągał ograniczenie wynikające z pkt 12 SIWZ na tereny wewnętrzne i zewnętrzne, podczas, gdy zamawiający wymagał, aby 1 osoba sprzątała powierzchnię nie większą niż 1 500 m² wyłącznie w odniesieniu do terenów wewnętrznych. Odwołujący nie udowodnił też kosztów materiałów i sprzętu niezbędnego do wykonania zamówienia. Poprzestał wyłącznie na oświadczeniach.

Izba za wiarygodny uznała dowód przedstawiony przez przystępującego HESPERYD w postaci faktury, z której wynikają koszty zakupu materiałów i środków czystości znacznie mniejsze, niż przyjęte w kalkulacji przez odwołującego.

Zamawiający wskazał na rozprawie, że odwołujący wykonywał umowę poprzednio umowę dotyczącą obecnej części 8 zamówienia za stawkę 63 gr brutto za 1m². Stawka za 1m² według ceny oferty uznanej obecnie za najkorzystniejszą wynosi 0,80 zł netto. Natomiast odwołujący, wskazał w swojej ofercie, stawkę w wysokości 1,46 zł, nie udowodnił też, aby aktualne wymagania zamawiającego nie mogły być spełnione za cenę ofert wybranych w częściach 8 i 9.

Izba nie przyznała przystępującemu kosztów związanych z zastępstwem prawnym, gdyż możliwość taka istnieje wyłącznie w sytuacji, gdy zamawiający uwzględni w całości zarzuty odwołania, rozpoznanie odwołania następuje w wyniku wniesienia sprzeciwu przez przystępującego. Stanowią o tym art. 192 ust. 10 w zw. z art. 186 ust. 6 Pzp, § 5 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41, poz. 238).

Odwołanie wniesione przez HESPERYD (sygn. akt KIO 2987/13):

Okoliczności faktyczne przywołane przez odwołującego Izba przyjmuje jako ustalenia własne. Dodać trzeba jedynie, że w wykazie wykonanych usług, który odwołujący złożył na wezwanie zamawiającego (kopia w aktach sprawy), widnieją dwie usługi: pierwsza - wykonana przez odwołującego i druga - wykonana przez Pana Adama N. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Sprzątnia Wnętrz Adam N. w Szczecinie.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący, który złożył ofertę z najniższą ceną w części 9, może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Rozpoznając odwołanie Izba pominęła argumentację przystępującego, że odwołujący trafnie został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, gdyż treść zobowiązania Pana Adama N., który udostępnił odwołującemu swe zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia, jest niewystarczająca dla spełnienia wymagań wynikających z art. 26 ust. 2b Pzp.

Stosownie do art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może rozpoznać zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu.

Granice zarzutów odwołania określone są przez okoliczności faktyczne i prawne dotyczące czynności lub zaniechań zamawiającego, wobec których jest wnoszone odwołanie. Tym samym nie jest dozwolone toczenie na rozprawie merytorycznego sporu dotyczącego okoliczności faktycznych lub prawnych, które nie były wskazane w informacji o czynności zamawiającego, gdyż te nie mogły być objęte odwołaniem. Pogląd przeciwny prowadziłby do obejścia bezwzględnie obowiązującego przepisu art. 192 ust. 7 Pzp oraz do zachwiania równości stron kontradyktoryjnego postępowania odwoławczego. Odwołujący w toku rozprawy popiera zarzuty odwołania, przedkłada dowody na ich poparcie oraz powinien być przygotowany na odparcie twierdzeń przeciwnych zamawiającego i przystępujących po jego stronie wyłącznie w odniesieniu do zarzutów odwołania, nie zaś do obrony swojej oferty w całości.

Izba nie badała zatem treści zobowiązania Pana Adama N. do udostępnienia swoich zasobów.

Odwołanie okazało się zasadne w części.

Nie miał racji zamawiający, gdy odmówił odwołującemu spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V ust. 1 pkt 2) SIWZ przez powołanie się na usługę zrealizowaną przez odwołującego oraz na usługę wykonaną przez Pana Adama N..

Dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia (art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp) wykonawca ubiegający się o zamówienie w badanym postępowaniu mógł powołać się na doświadczenie własne, doświadczenie współkonsorcjantów - jeśli o udzielenie zamówienia ubiegał się wspólnie - oraz na zasoby innego podmiotu, który udostępnił mu swe zasoby zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp. Przepisy ustawy nakazują traktowanie zasobów, które zostały udostępnione wykonawcy, tak jak własnego potencjału wykonawcy. Nie można zatem odmówić łącznego potraktowania doświadczenia własnego wykonawcy i doświadczenia nabytego przez inny podmiot.

Zamawiający nie był też uprawniony do tego, aby wykluczyć odwołującego z powodu nie złożenia oświadczenia Pana Adama N., że nie podlega on wykluczeniu z postępowania.

Wbrew twierdzeniom odwołującego oświadczenie takie powinno być złożone przez wykonawcę.

Jest bowiem dokumentem wymienionym przez zamawiającego w pkt VI ust. 3 pkt 1 SIWZ.

W pkt VI. ust. 6 SIWZ zamawiający wskazał też w ślad za § 3 ust. 1 pkt 1 oraz § 3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów,

jakich zamawiający może wymagać w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), że jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 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 żąda od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 3-5.

Odwołujący wezwany do uzupełnienia wykazu wykonanych usług oraz dowodów ich należytego wykonania, złożył z własnej inicjatywy dokumenty podmiotowe dotyczące Pana Adama N.. Pominięcie oświadczenia Pana Adama N., że nie podlega on wykluczeniu z postępowania, nie może więc skutkować wykluczeniem odwołującego z postępowania. Wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp może nastąpić po dokonaniu przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia oświadczenia lub dokumentu zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Wezwanie zamawiającego powinno jasno wskazywać, jaki dokument podlega uzupełnieniu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter sformalizowany i powinno być prowadzone w warunkach zapewniających uczciwą konkurencję między wykonawcami.

Zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp nie pozwalają na pozostawienie domyślności wykonawcy, jakie uchybienia stwierdził zamawiający w złożonych oświadczeniach lub dokumentach oraz w jaki sposób uchybienia te powinny być usunięte.

Skoro zamawiający nie wzywał odwołującego do uzupełnienia oświadczenia Pana Adama N. (*nota bene* nie mógł tego uczynić, bo o poleganiu przez odwołującego na zasobach tego podmiotu dowiedział się dopiero z uzupełnionego wykazu) powinien tego wezwania dokonać. Z oświadczenia złożonego przez odwołującego w wyniku uzupełnienia powinno wynikać, że Pan Adam N. nie podlegał wykluczeniu z postępowania nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (*vide*: art. 26 ust. 3 *in fine* Pzp).

Z tych względów wykluczenie odwołującego było czynnością naruszającą art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Naruszenie to miało wpływ na wynik postępowania w części 9.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: