

Sygn. akt: KIO 376/14

WYROK

z dnia 13 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Członkowie: Renata Tubisz
Bogdan Artymowicz
Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 marca 2014 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2014 r. przez **wykonawcę Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Zabrze – Prezydenta Miasta Zabrze w Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7**

przy udziale **wykonawcy W..... spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, ul. W. Łokietka 4** zgłaszającym swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie sygn. akt KIO 376/14 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Miasto Zabrze – Prezydenta Miasta Zabrze w Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7 i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę Przedsiębiorstwo Inwestycji i Budownictwa w Kielcach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53** tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od **Miasta Zabrze – Prezydenta Miasta Zabrze w Zabrze, ul. Powstańców Śląskich 5-7** na rzecz **wykonawcy Przedsiębiorstwa Inwestycji i Budownictwa w Kielcach spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z**

siedzibą w Kielcach, ul. Sienkiewicza 53 kwotę 7 500 zł. 00 gr (słownie : siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013r., 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 Katowicach**

Przewodniczący:

Członkowie :

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na konserwację zieleni miejskiej w Zabrze Zadanie 9: Obsada i pielęgnacja gazonów kwiatowych zostało wszczęte przez zamawiającego w dniu 7 lutego 2014r. ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 2014-43902.

W dniu 21 lutego 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o tym, że przedmiotowego postępowania odrzucono ofertę następującego wykonawcy tj.: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, ul. Lecha 10 – dalej odwołującego na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy z dnia 24 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych Dz. U. t.j. z 2013r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) ponieważ jej treść nie opowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał, że wykonawca zgodnie z treścią pkt 5.2.3 SIWZ (ostatnie zdanie) jeśli powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego wymagane jest by podmiot ten uczestniczył w realizacji zamówienia oraz o podanie nazwy podwykonawcy, w sytuacji gdy powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art.26 ust.2b pzp w załączniku nr 5P oferty. Tym samym zamawiający postanowił, że udostępnienie wiedzy i doświadczenia wymaga bezpośredniego udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy.

Tymczasem odwołujący przedstawił w ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. firmy Probud A..... P..... w zakresie oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów wiedzy i doświadczenia. Natomiast w załączniku nr 5P tj. Wykazie części zamówienia jakie wykonawca powierza podwykonawcom lub nazwy podwykonawców napisał, że nie dotyczy. Zgodnie z opinią Prezesa UZP dotyczącej warunków dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na referencje dotyczące osób trzecich w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 26 ust. 2b ustawy) wykonawcy powołującym się na zasoby podmiotu trzeciego spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował tymi zasobami, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takiego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W świetle powyższego zamawiający stwierdził, iż odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia. Powyższe wynika z jednoznacznego brzmienia art. 26 ust. 2b ustawy. Zdaniem zamawiającego w świetle postanowień art. 26 ust. 2b ustawy, nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby

podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia poprzez bezpośredni udział podmiotu trzeciego jako podwykonawcy. Jak wskazuje wyrok KIO z dnia 08.05.2013 sygn. akt KIO 953/13 doświadczenie w przeciwieństwie do teoretycznej wiedzy nie można nabyć oraz przekazać w trakcie szkolenia, konsultacji lub doradztwa, jeżeli nie czyni się go uczestnikiem podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy w danym przedmiocie zamówienia.

W dniu 26 lutego 2014r. pisemne odwołanie złożył odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika na podstawie pełnomocnictwa z dnia 24 lutego 2014r. udzielonego przez dwóch członków zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 25 lutego 2014r. drogą elektroniczną.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż złożona przez niego oferta odpowiadała treści siwz dla przedmiotowego postępowania;
- art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w określonym terminie dokumentów potwierdzających udostępniane zasoby podmiotów trzecich;
- art. 7 ust. 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez przedwczesny wybór przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez W..... Sp. z o.o., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej oraz
- 5) zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź .rozprawie).

Wskazał, że jego oferta została odrzucona przez zamawiającego, pomimo faktu, iż odpowiadała ona siwz. dla przedmiotowego postępowania. Odwołujący zaś ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia ustawy przez zamawiającego. W przypadku bowiem uznania, iż oferta odwołującego spełnia wymagania określone w siwz, to Odwołujący uzyska dla siebie przedmiotowe zamówienie. Szkodą, jaką Odwołujący może ponieść wskutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, są utracone korzyści z zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, pomimo że

odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz złożył ofertę, która nie podlega odrzuceniu.

Zamawiający w zawiadomieniu o wyniku postępowania z dnia 21 lutego 2014 roku (znak BZP.271.16.2014.AZ) zamieścił informację, iż ofertą odwołującego została odrzucona, gdyż jej treść nie odpowiadała treści siwz (dalej SIWZ), zatem według zamawiającego spełniona została przesłanka wynikająca z treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Już chociażby tylko z formalnego punktu widzenia według odwołującego, czynność zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy. Zamawiający, jak trafnie wskazała bowiem Izba w wyroku z dnia 22 lipca 2013 r. (sygn. akt KIO 1680 i 1695/13): „(...) nie odróżnia spełniania wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu, od przesłanek zgodności oferty w szczególności z przepisami imperatywnymi ustawy Pzp oraz nie odróżnia pojęcia treści oferty i jej zgodności z treścią SIWZ.

W myśl art. 82 ust. 3 ustawy, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodność treści oferty z treścią specyfikacji jest zapewniona wówczas, gdy na podstawie analizy i porównania treści obu tych dokumentów można uznać, iż postanowienia zawarte w ofercie nie są inne, tj. nie różnią się w swej treści od postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy wskazuje, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 tej ustawy. Sformułowanie przepisu sprawia, że w sytuacji wystąpienia tejże przesłanki zamawiający ma obowiązek, a nie uprawnienie do odrzucenia oferty. Norma art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy odnosi się zaś do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do przedmiotu, zakresu, ceny, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy oferta nie odpowiada w pełni przedmiotowi zamówienia, nie zapewniając jego realizacji w całości zgodnie z wymogami zamawiającego (wyrok KIO z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1093/08). W orzecznictwie Izby podkreśla się, że niezgodność treści oferty z treścią SIWZ powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 K.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, a więc materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami SIWZ, które przy tym zamawiający podniósł do rangi istotnych postanowień umowy o realizację inwestycji. Treść oferty w tym postępowaniu głównie wyznacza zobowiązanie wykonawcy do zrealizowania przedmiotu umowy zgodnie z projektem, w ustalonym terminie i za zaproponowaną cenę.

Podany opis warunków udziału w postępowaniu i sposób oceny ich spełnienia, nie odnosił się do treści oferty i nie mógł stanowić podstawy zarzutu, iż treść oferty (...). narusza art. 89 ust 1 pkt 1 ustawy.". Odnosząc się do materialnych podstaw rozstrzygnięcia zamawiającego należy wskazać, że zamawiający uzasadnił czynność odrzucenia oferty odwołującego z przedmiotowego postępowania faktem, iż w Załączniku nr 5P tj. Wykazie części zamówienia jakie wykonawca powierza podwykonawcom lub nazwy podwykonawców, Odwołujący wskazał, iż przedmiotowy załącznik go „nie dotyczy” pomimo faktu, iż według twierdzeń zamawiającego, wymóg taki wynikał wprost z postanowień SIWZ. Zatem zamawiający wprost stwierdził, iż udostępnianie zasobów podmiotu trzeciego jest nierozzerwalnie związane z formą podwykonawstwa i taki też wymóg wynikał z zapisów SIWZ.

Zgodnie z argumentacją zamawiającego konieczność korzystania z zasobów podmiotu trzeciego poprzez formę podwykonawstwa wynika z pkt. 5.2.3 SIWZ, tj.: „Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Jeśli Wykonawca powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego wymagane jest by podmiot ten uczestniczył w realizacji zamówienia”.

Wskazać należy, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby „Jeżeli zamawiający nie żąda dokumentów i oświadczeń dotyczących szczegółowych zasad współpracy, sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, ograniczając się jedynie do zawartego w uregulowaniach ustawowych żądania złożenia dokumentu potwierdzającego zobowiązanie podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów na czas realizacji zamówienia, to, na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może formułować wymagań dotyczących złożenia innych, niż tylko wskazane w art. 26 ust. 2b ustawy oświadczeń i deklaracji o udziale podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia" (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 czerwca 2013 roku; sygn. akt KIO 1201/13). Odwołujący dołączył więc do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. Pana A..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PROBUD A..... P..... z/s w Zabrze przy ul. Wolności 313/6/tym samym spełniając wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ. Warto bowiem zaznaczyć, iż Zamawiający, wbrew własnym twierdzeniom, nie wymagał w zapisach siwz, by oddanie do korzystania zasobów podmiotu trzeciego nastąpiło w formie podwykonawstwa. W świetle zapisów SIWZ istotne było jedynie, by wskazany podmiot trzeci uczestniczył w przyszłości w realizacji przedmiotowego zamówienia, który to warunek

odwołujący spełnił. Trzeba przy tym pamiętać, iż zapisów SIWZ nie można interpretować w sposób rozszerzający, zgodnie bowiem z orzecznictwem KIO „SIWZ jak każde oświadczenie woli podlega wykładni w sposób wskazany w art. 65 § 1 k.c., a więc w taki sposób, jak wymagają tego zasady współżycia społecznego i ustalone zwyczaje, rozpatrywane w odniesieniu do okoliczności, w których oświadczenie zostało złożone” (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2013 roku; sygn. akt KIO 1362/13).

Mając na względzie stanowisko KIO w przedmiotowym zakresie przywołać należy wyrok KIO z dnia 26 września 2013 roku (sygn. akt; KIO/UZP 2182/13), iż „Przepisy ustawy (...) nie wskazują na bezwzględny obowiązek podwykonawstwa podmiotu trzeciego w odniesieniu do całości przedmiotu zamówienia czy choćby jego części, również w sytuacji udostępniania zasobu wiedzy i doświadczenia w celu wykazania realności udostępnienia tego potencjału. Zatem zgodnie z orzecznictwem KIO udostępnienie zasobu wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy nie musi nastąpić w formie podwykonawstwa. Powyższe potwierdza również wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2013 roku (sygn. akt KIO 710/13), zgodnie z którym „Przepis art. 26 ust 2b p.z.p. należy w pierwszej kolejności odczytywać stosując metodę wykładni literalnej, której zastosowanie nie prowadzi wszak do wniosku, że wykonawca polegający na wiedzy i doświadczeniu osoby trzeciej jest zobowiązany do zlecenia podwykonawstwa tej osobie wykonania części przedmiotu zamówienia”.

Zamawiający celem potwierdzenia swojej argumentacji przytoczył również fragment opinii Prezesa UZP „Dopuszczalność żądania przez zamawiającego przedstawienia przez wykonawcę dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotu trzeciego, na zasobach którego wykonawca polega, w celu wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Jednakże odwołujący stwierdził, iż zamawiający przytoczył jedynie te fragmenty opinii, które w jego mniemaniu potwierdzały stanowisko zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego. W ten jednak sposób zamawiający zniekształcił ogólny sens opinii Prezesa UZP, bowiem zdanie, iż „(...) w świetle postanowień art. 26 ust 2b ustawy, nie jest dopuszczalne powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, jeżeli zasoby te nie będą wykorzystane przy wykonaniu zamówienia poprzez bezpośredni udział podmiotu trzeciego jako podwykonawcy” uznać należy za niezgodne z prawdą. W swojej opinii Prezes UZP wprost stwierdził, iż powołanie się przez wykonawcę „na pośrednie dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, istotne jest (...) stwierdzenie, że podmiot trzeci, na którego zasoby osobowe powołuje się wykonawca, będzie brał udział w realizacji części zamówienia, przy której zasoby te będą wykorzystywane. Co do zasady będzie to dotyczyć przypadków podwykonawstwa”. Zatem Prezes UZP używając sformułowania „co do zasady” nie wyklucza, iż możliwe są również inne formy wykorzystywania zasobów podmiotu trzeciego. Ponadto, oznacza to również, iż w świetle

zapisów ustawy stosunek podwykonawstwa w sytuacji udostępniania zasobów podmiotu trzeciego nie jest obligatoryjny. Fakt, iż ta forma wykorzystania potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia jest najczęstsza, nie uzasadnia konieczności odrzucenia oferty odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ.

Również główne tezy wyroku KIO z dnia 8 maja 2013 roku o sygn. akt 953/13 zostały przez zamawiającego wyraźnie zniekształcone. Z powołanego wyroku w żaden sposób nie wynika bowiem teza przytoczona przez zamawiającego, jakoby „doświadczenia w przeciwieństwie do teoretycznej wiedzy, nie można nabyć oraz przekazać w trakcie szkolenia, konsultacji lub doradztwa, Jeżeli nie czyni się go uczestnikiem podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy w danym przedmiocie zamówienia”. Zgodnie z powołanym wyrokiem, prawdą jest, pierwsza część cytowanego zdania, jednakże reszta została już dodana arbitralnie przez Zamawiającego. Bowiem zgodnie z przytoczonym wyrokiem, KIO wprost wskazuje, iż „Jak wynika z brzmienia art. 26 ust. 2b, przepis ten pozostawia woli i decyzji wykonawcy i podmiotu trzeciego określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących”. W dalszej części uzasadnienia prawnego Izba wprost wskazuje, iż fakt narzucenia przez Zamawiającego wykonawcom konkretnego stosunku prawnego, tj. umowy podwykonawczej stanowi zawężenie ustawowego prawa korzystania z zasobów innego podmiotu.

Na marginesie odwołujący podniósł, iż do realizacji przedmiotu zamówienia w przedmiotowym postępowaniu wystarczyłaby zaledwie forma konsultacji, bowiem podwykonawstwo można byłoby uznać za warunek zbyt wygórowany, tak samo zresztą, jak konieczność wykazania spełniania warunków wiedzy i doświadczenia, które zostały określone przez zamawiającego w SIWZ. Przedmiot niniejszego postępowania, tj. obsada i pielęgnacja gazonów kwiatowych, nie należy do przedmiotów zamówienia charakteryzujących się dużym stopniem skomplikowania czy też tematyką dostępną jedynie dla wąsko wyspecjalizowanego grona specjalistów. Można wręcz pokusić się o stwierdzenie, iż wiedza z zakresu ogrodnictwa jest wiedzą ogólnodostępną, której nauczyć może się praktycznie każdy. W związku z powyższym, warunki udziału w postępowaniu, które zostały określone przez zamawiającego, są warunkami bardzo rygorystycznymi, by nie powiedzieć nadmiernie wygórowanymi. Przed wszystkim zaś konieczność wykazania wykonania 3 usług w zakresie obsady i pielęgnacji waz i gazonów oraz kwietników sezonowych o łącznej wartości brutto nie mniejszej niż 90.000,00 zł uznać należy za nieproporcjonalne do przedmiotu niniejszego zamówienia i zbyt wygórowane. Podobny zarzut można skierować do wymagań zamawiającego w zakresie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

W świetle powyższego odwołujący uważa, iż zamawiający odrzucając ofertę odwołującego dokonał naruszenia przepisów ustawy, w związku z tym działanie takie nie może mieć miejsca i powinno zostać w odpowiedni sposób sankcjonowane.

Ponadto, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania (...).

Mając natomiast na względzie treść art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Z kolei, zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Odbiegając od faktu, iż odwołujący spełniał wszelkie wymagania stawiane przez zamawiającego w SIWZ oraz wynikające z obowiązujących przepisów prawa, w tym w szczególności przytoczonych powyżej zapisów ustawy, zamawiający stwierdzając, iż odwołujący nie wykazał w sposób wystarczający dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia, powinien wezwać go do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów, a nie odrzucać jego ofertę jako niezgodną z SIWZ.

Zgodnie bowiem z Uchwałą KIO przy Prezesie UZP z dnia 12 grudnia 2013 roku „W sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich uzupełnienia, w szczególności uzupełnienia zobowiązań wskazujących zakres i sposób udziału podmiotu trzeciego udostępniającego doświadczenie w realizacji zamówienia lub \ innych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p.”.

Zgodnie natomiast z uchwałą KIO/KD z dnia 12 grudnia 2013 roku (sygn. akt KIO/KD 108/13) „W sytuacji, gdy przedstawione przez wykonawcę dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek wezwać do ich

uzupełnienia (...). Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie stanowi naruszenie art. 26 ust 3 ustawy p.z.p

Zamawiający dokonał więc wyboru W..... Sp. z o.o. z/s w Bytomiu przedwcześnie oraz z naruszeniem przepisów obowiązującego prawa.

Mając na względzie powyżej przedstawione zarzuty nie sposób odwołujący uważa, że zamawiający nie przeprowadził przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób rzetelny i obiektywny. Przytoczone w odwołaniu zarzuty wprost ukazują, że zamawiający dokonał niewłaściwej interpretacji obowiązujących przepisów prawa. Świadczy o tym przede wszystkim nierzetelny sposób wyłonienia wykonawcy, dokonany przedwcześnie. Zamawiający powinien bowiem, w przypadku powzięcia wątpliwości, co do dokumentów przedłożonych w ofercie, wezwać odwołującego do ich uzupełnienia bądź przedłożenia.

W związku z powyższym zamawiający nie dopełnił wymogów zawartych w przepisach obowiązującego prawa, zasadne więc jest żądanie odwołującego nakazujące zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i wyboru ofert. Zgodnie bowiem z wyrokiem KIO z dnia 9 lipca 2013 roku (sygn. akt KIO 1502/13) „Potwierdzenie się zasadności zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. oznacza zasadność zarzutu naruszenia art. 7 ust 3 p.z.p. (...) gdyż skoro oferta dotknięta jest wadami, które wymagają usunięcia, wybór tej oferty jako najkorzystniejszej jest nieprawidłowy, gdyż co najmniej przedczesny. (...) Zgodnie z p.z.p. czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością kończącą postępowanie o udzielenie zamówienia, po której może nastąpić tylko podpisanie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jeżeli okazało się, że oferta nie nadawała się do wyboru, powrót do fazy jej badania nie jest możliwy bez uprzedniego unieważnienia czynności kończącej postępowanie”.

Mając na względzie powyższe, odwołujący uważa, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W dniu 26 lutego 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 28 lutego 2014r. pisemne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył wykonawca wybrany tj. W..... spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bytomiu, ul. W. Łokietka 4 wnosząc o oddalenie odwołania i wskazując na swój interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, polegający na tym, że jako wykonawca wybrany ma interes w dążeniu do utrzymania w mocy tej decyzji zamawiającego. Zgłoszenie podpisał prezes zarządu ujawnionych KRS i upoważniony do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia

zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu faksem w dniu 26 lutego 2014r.

W dniu 5 marca 2014r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający przytoczył całość uzasadnienia prawnego i faktycznego odrzucenia odwołującego zawartego w informacji o wyniku postępowania i dodatkowo podniósł, że z dniem 24 grudnia 2013r. weszła w życie nowelizacja ustawy, która jednoznacznie przesądziła, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy musi się wiązać z uczestnictwem podmiotu trzeciego w charakterze podwykonawcy w danym postępowaniu. Wskazuje na to treść art. 36 b ustawy i art. 36a ust. 3 ustawy. Podwykonawstwo jest w tej sytuacji wymagane nie tylko gdy udostępnianym zasobem jest wiedza i doświadczenie, ale dotyczy wszystkich zasobów i zamawiający obecnie jest uprawniony do żądania wpisania podmiotu trzeciego jako podwykonawcy już na etapie złożenia oferty. Zamawiający uznał, że z treści oświadczenia odwołującego o braku zamiaru korzystania z podwykonawców i jednoznacznym oświadczeniu podmiotu trzeciego o udzielaniu konsultacji i doradztwa, to dokumenty te stanowią jasną deklarację wykonawcy i podmiotu trzeciego i nie ma podstaw do wyjaśniania tych dokumentów. Ponadto wykaz części zamówienia jakie wykonawca powierzy podwykonawcom lub nazwy podwykonawców nie jest dokumentem określonym w rozporządzeniu na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy i nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, co najwyżej, gdyby oświadczenie w nim zawarte było niejednoznaczne mogłoby być wyjaśniane w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, ale wyjaśnienia nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty i odwołania pierwotnego oświadczenia co do samodzielnego wykonania usługi, gdyż byłaby to zmiana sposobu wykonywania zamówienia – tak Izba w wyroku z dnia 31 stycznia 2013r. sygn. akt KIO 98/13.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty odwołującego oraz umowy użyczenia z dnia 14 lutego 2014r..

Zamawiający w ostatnim zdaniu pkt. 5.2.3. siwz wskazał, że jeśli wykonawca powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego wymagane jest by podmiot ten uczestniczył w realizacji zamówienia. Zgodnie z pkt. 10.6 siwz na zawartość oferty składał się wykaz części, które wykonawca powierza podwykonawcom lub nazwy podwykonawców (załącznik 7) wg spisu zawartości oferty) złożony w formie oryginału, wypełniony odpowiednio lub z adnotacją „nie dotyczy”. W części III siwz w pkt. 1 zamawiający zawarł żądanie wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom lub nazw podwykonawców. Zamawiający żądał wskazania przez wykonawcę w ofercie (załącznik nr 5 wg spisu zawartości oferty) części zamówienia, której

wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom lub nazw podwykonawców, w sytuacji gdy wykonawca powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. Zamawiający w pkt 2 wskazał, że nie wyraża zgody na powierzenie podwykonawcom zakupu roślin sezonowych i obsadzenia waz, gazonów, donic i skrzynek roślinami sezonowymi. Zastrzeżenie to nie jest skuteczne w takim zakresie w jakim wykonawca powołuje się na zasoby innego podmiotu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2 b w celu wykazania spełniania warunków udziału, o których mowa w art. 22 ust. 1

W załączniku 5P zawarto uwagę, że zamiast części zamówienia, których wykonanie wykonawca powierzy podwykonawcom wykonawca podaje nazwy podwykonawców, w sytuacji gdy powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy.

W ofercie odwołującego na str. 22 znajduje się wykaz głównych usług – załącznik nr 3, gdzie wskazano trzy usługi:

1. konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze. Zadanie nr 4 „Konserwacja Parku im. Poległych Bohaterów przy ul. Dubiela w Zabrze”
2. konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze Zadanie nr 3 „Konserwacja terenów zieleni miejskiej oraz zimowe utrzymanie chodników w Zabrze w dz. Makoszowy, dz. Kończyce, dz. Pawłów, dz. Zaborze, oś. Janek, park im. Tadeusza Kościuszki.”
3. konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze w latach 2011-2014 Zadanie nr 2 konserwacja terenów zieleni miejskiej oraz zimowe utrzymanie chodników w dz. Śródmieście, dz. Maciejów, Park Hutniczy, oś. M. Kopernika, oś. M. Skłodowskiej Curie, oś. Tatarkiewicza”

Na dowód należytego wykonania tych zadań przedstawił referencje w zakresie pkt. 1 i 2 wykazu wystawione dla firmy Probud A..... P....., zaś w zakresie pkt. 3 wystawione dla siebie.

Na str. 26 złożył zobowiązanie podmiotu Probud P..... do oddania odwołującemu do dyspozycji zasobów wiedzy i doświadczenia na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia na rzecz zamawiającego. Udostępniający zasób oświadczył, że udzielając wykonawcy wszelkiego niezbędnego wsparcia w tym zakresie poprzez świadczenie niezbędnego doradztwa, konsultacji przy realizacji zamówienia oraz przekazanie posiadanego przez firmę know-how w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

1. Z umowy użyczenia z dnia 14 lutego 2014r. wynika, że przedmiotem umowy jest oddanie MPGK zasobów wiedzy i doświadczenia przez Probud na cały okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia pn. Konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze Zadanie nr 9: „Obsada i pielęgnacja gazonów kwiatowych na terenie Miasta Zabrze w 2014 r.". Probud

udzieli Wykonawcy wszelkiego niezbędnego wsparcia w tym zakresie poprzez świadczenie niezbędnego doradztwa, konsultacji przy realizacji zamówienia oraz przekazanie posiadanego przez niego know-how w zakresie objętym przedmiotem zamówienia do nieodpłatnego używania, zaś integralną częścią niniejszej umowy jest zobowiązanie do użyczenia zasobów wiedzy i doświadczenia udzielone Wykonawcy przez Probud.

W §2 Probud oświadczył, iż odda nieodpłatnie, na cały okres realizacji zamówienia pn. Konserwacja terenów zieleni miejskiej w Zabrze Zadanie nr 9: „Obsada i pielęgnacja gazonów kwiatowych na terenie Miasta Zabrze w 2014 r.” swoją wiedzę i doświadczenie poprzez:

- oddelegowanie pracowników posiadających wiedzę i doświadczenie w zakresie objętym przedmiotem zamówienia w celu udziału w realizacji przedmiotu zamówienia między innymi poprzez udzielenie niezbędnego doradztwa i konsultacji pracownikom Wykonawcy, przeszkolenie jego personelu, bieżącego nadzorowania prawidłowości realizacji przedmiotu zamówienia
- przekazanie wszelkich niezbędnych informacji o charakterze techniczno -organizacyjnym dotyczących realizacji przedmiotu zamówienia, ze szczególnym uwzględnieniem specyfiki wykonania ich na terenach objętych przedmiotem zamówienia
- wskazanie najwłaściwszych metod pielęgnacji roślin w gazonach, wazach i kwietnikach objętych przedmiotem zamówienia
- przekazanie wiedzy dotyczącej, najlepszych dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, materiałów nasadzeniowych oraz środków i preparatów pielęgnacyjnych i odżywczych wraz z przekazaniem kontaktów handlowych tj. miejsc ich zakupu.

Według §3 wynagrodzenie oraz pozostałe koszty związane z użyczeniem wiedzy i doświadczenia pokrywać będzie Probud.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne wynikające z art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie dopatryła się zaistnienia przesłanek z art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że odwołujący ma szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż kwestionuje skuteczność odrzucenia swojej oferty i domaga się przywrócenia jej do postępowania. Oferta odwołującego jest ofertą najtańszą, a zamawiający przyjął jedyne kryterium najniższej ceny,

zatem gdyby odwołanie zostało uwzględnione, odwołujący uzyskałby zamówienie publiczne. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż złożona przez niego oferta odpowiadała treści siwz dla przedmiotowego postępowania

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy stanowi, że zamawiający jest zobligowany odrzucić ofertę jeżeli treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, chyba, że ofertę można poprawić, gdyż nie odpowiadanie treści oferty treści siwz jest inną omyłką polegającą na niezgodności treści oferty z treścią siwz, której poprawienie nie spowoduje istotnej zmiany treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy). W przedmiotowym postępowaniu zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, gdyż jak stwierdził odwołujący w załączniku nr 5P oświadczył, iż zamierza wykonać zamówienie bez udziału podwykonawców, a jednocześnie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego przy wykazaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zaś uważał, że korzystając z takiego zasobu podmiotu trzeciego odwołują na podstawie niniejszej siwz zobowiązany jest do wskazania podwykonawcy, gdyż nie można uznać za realne skorzystania z zasobu wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego uczestnictwa w realizacji części zamówienia w formie podwykonawstwa. Izba uznała, że wskazana przez zamawiającego podstawa odrzucenia została zastosowana w sposób nieprawidłowy. Zamawiający nie wykluczył możliwości osobistego wykonania zamówienia. W ofercie odwołujący wyraźnie wskazał, że wykona zamówienie samodzielnie i zamawiający tego oświadczenia nie kwestionował. Co więcej ze zobowiązania podmiotu trzeciego w ocenie zamawiającego wynikało również, że podmiot trzeci nie będzie realizował części zamówienia publicznego jako podwykonawca. Izba nie bierze tu pod uwagę treści umowy użyczenia i jej analizy dokonanej przez przystępującego na etapie rozprawy, gdyż dokumentem tym zamawiający nie dysponował w dacie podejmowania decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego i sam zamawiający oświadczył na rozprawie, że dla niego oczywiste było, że odwołujący zamierza wykonać zamówienie sam bez udziału podwykonawców. Tym samym czy oddelegowanie pracownika jednej firmy do nadzoru pracowników innej firmy wiąże się z podwykonawstwem pozostaje poza istotą niniejszego sporu. Gdyby zamawiający miał wątpliwość co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego tj. czy jest to zobowiązanie do podwykonawstwa i czy związku z tym zachodzi sprzeczność wewnętrzna oferty pomiędzy zobowiązaniem podmiotu trzeciego, a oświadczeniem wykonawcy w załączniku nr 5P, to mógł tę wątpliwość wyjaśniać w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, ale jak wynika ze stanowiska

zamawiającego, zamawiający takiej wątpliwości nie miał. Natomiast zamawiający zakwalifikował fakt braku uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, jako sprzeczność treści oferty z treścią siwz. W ocenie Izby taka kwalifikacja jest nieprawidłowa. Jak już wskazano zamawiający dopuścił możliwość samodzielnego wykonania zamówienia, a skoro tak, to deklaracji wykonawcy zawartej w załączniku nr 5P, że jego podwykonawstwo nie dotyczy, nie można uznać za sprzeczną z treścią siwz. W tym stanie rzeczy brak jest podstaw do zastosowania wobec oferty odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Rzeczywistym natomiast elementem spornym pomiędzy stronami jest to, czy wykonawca może wykazać spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia za pomocą zasobu innego podmiotu, jeżeli podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. W ocenie zamawiającego jest to niemożliwe, jednak taka konstatacja powinna, jak słusznie zauważył odwołujący, prowadzić do uznania, że odwołujący nie wykazał za pomocą przedstawionego przez siebie wykazu głównych usług, że jest zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia jednak jest to element oceny oparty o treść art. 22 ust. 5 ustawy i może choć (nie musi przy skutecznym skorzystaniu z instytucji art. 26 ust. 3 ustawy) prowadzić do wykluczenia wykonawcy. Skoro zatem zamawiający uznał, że odwołujący nie wykazał, że będzie realnie dysponował zasobem podmiotu trzeciego, rozumiejąc tą realność, jako udział w ramach podwykonawstwa w części zamówienia, to powinien dojść do przekonania, że przedstawiony dokument – wykaz głównych usług nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu i zastosować w tym zakresie wymaganą ustawą procedurę postępowania, a nie odrzucać ofertę z powodu jej niezgodność z treścią siwz. Na podstawie bowiem powołanych przez zamawiającego i przystępującego postanowień siwz należy stwierdzić jednoznacznie, że ostatnie zdanie pkt. 5.2.3. siwz wskazuje, że gdy wykonawca powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego wymagane jest by podmiot ten uczestniczył w realizacji zamówienia. Natomiast zamawiający nie określił formy tego uczestnictwa, ani nie posłużył się stwierdzeniem „wymagane jest aby podmiot trzeci był podwykonawcą” Z pkt. 10.6 siwz na zawartość oferty składał się wykaz części, które wykonawca powierza podwykonawcom lub nazwy podwykonawców (załącznik 7) wg spisu zawartości oferty) złożony w formie oryginału, wypełniony odpowiednio lub z adnotacją „nie dotyczy” – czyli znajdowało się wprost wskazanie, że adnotacja „nie dotyczy” odnosi się do sytuacji dozwolonego samodzielnego wykonania zamówienia. Natomiast części III siwz w pkt. 1 i 2 zdanie ostatnie w ocenie Izby także nie zawierają stanowczego wymogu udziału podmiotu trzeciego jako podwykonawcy, przeciwnie pkt 1 stanowi o tym, że jeśli wykonawca będzie realizował zamówienie z wykorzystaniem podwykonawców, to ma wskazać ich nazwy, a nie zakres powierzonego zamówienia, jeśli jednocześnie ci podwykonawcy udostępniają wykonawcy swoje zasoby w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy. W ocenie Izby z tego postanowienia nie wynika nakaz zamawiającego, aby każdy podmiot

użyczający zasoby był podwykonawcą wykonawcy. Z pkt 2 zaś wynika, że w sytuacji, gdy podwykonawca wykonawcy jest jednocześnie podmiotem udostępniającym swoje zasoby wykonawcy, to wówczas wykonawcy nie dotyczy zakaz powierzenia podwykonawcom zakupu roślin sezonowych i obsadzenia waz, gazonów, donic i skrzynek roślinami sezonowymi. Ponownie to postanowienie nie stanowi jednoznacznego nakazu uczestniczenia przez podmioty udostępniające zasoby w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców. W tej sytuacji wobec braku wskazania konkretnej formy udziału w realizacji zamówienia przez zamawiającego nie można było uznać, że treść złożonej oferty jest sprzeczna z treścią siwz. Co nie zwalniało zamawiającego z obowiązku badania realności udostępnienia zasobu i wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego (z uwzględnieniem wymogów ustawy wynikających z art. 26 ust. 3 ustawy), czego jednak zamawiający zdaje się nie dostrzegać.

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, że zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez jego zastosowanie w odniesieniu do oferty odwołującego potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w określonym terminie dokumentów potwierdzających udostępniane zasoby podmiotów trzecich

Zarzut został cofnięty i nie podlegał rozpoznaniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy poprzez przedwczesny wybór przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez W..... Sp. z o.o., ul. Władysława Łokietka 4, 41-933 Bytom.

Zarzut potwierdził się. Skoro oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, to należało ją przywrócić do postępowania, a w konsekwencji dokonany wybór oferty najkorzystniejszej uznać za przedwczesny, czyli naruszający art. 7 ust. 3 i 91 ust. 1 ustawy.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 ust. 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz. U. Nr 41, poz. 238) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu od odwołania i nakazując zamawiającemu zwrot tych kosztów odwołującemu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....