

WYROK

z dnia 21 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2017 r. przez wykonawcę **Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich w Łodzi**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **G&P Invest Sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi**, **D.Sz. prowadzący działalność gospodarczą po nazwę "SZADEK" z siedzibą w Łodzi**, **M.P. prowadzący działalność gospodarczą po nazwę PBH "ELSAT" z siedzibą w Konstancynie Łódzkiej**, **Ogrody Zofii Sp. z o.o. z siedzibą w Konstancynie Łódzkiej**, **Ż.G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Grupa Pro Ż.G. z siedzibą w Łodzi**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi** tytułem wpisu od odwołania.

1

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 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**.

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Łódź – Zarząd Inwestycji Miejskich (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: *Rewitalizacja Obszarowa Centrum Łodzi - Projekt nr 3 - Rewitalizacja Parku im. St. Moniuszki wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej w systemie „zaprojektuj i wybuduj” - nr sprawy ZIM-DZ.3322.20.2017* (dalej jako „Postępowanie”). Wartość ww. zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 24 czerwca 2017 r. Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2017/S 119-238796.

W dniu 6 listopada 2017 r. Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. z siedzibą w Łodzi wniosło odwołanie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, podjętej w ramach Postępowania, polegającej na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **G&P Invest sp. z o.o.**,

„SZADEK” D.Sz., PBH ELSAT M.P., Ogrody Zofii sp. z o.o., Grupa PRO Ż.G. (dalej jako „Konsorcjum”), a w konsekwencji dokonanie wadliwego wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, a więc wykonawcy podlegającego wykluczeniu i dokonanie wyboru oferty złożonej przez tego wykonawcę jako oferty najkorzystniejszej;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, który wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 84 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegające na akceptowaniu istotnej zmiany treści oferty Konsorcjum po upływie terminu składania ofert;

3

- 5) naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp przez dokonanie poprawienia błędów w ofercie wykonawcy, które nie miały charakteru oczywistej omyłki rachunkowej i zaniechanie odrzucenia oferty zawierającej błędy w obliczeniu ceny.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ☐ unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej,
- ☐ odrzucenia oferty Konsorcjum,
- ☐ powtórzenia czynności badania i oceny ofert i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący w szczególności wskazał, co następuje:

Zarzuty odnoszące się do powołania się przez Konsorcjum na zasoby podmiotów trzecich oraz wskazania podwykonawców:

Konsorcjum złożyło w Postępowaniu ofertę, w której wskazano, że zamówienie zostanie zrealizowane przy udziale jednego podwykonawcy - Formart Pracownia Architektury s.c.

Podwykonawstwo miało dotyczyć wyłącznie prac projektowych. Jednocześnie w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej jako jednolity dokument” lub „JEDZ”) lider

i wszyscy partnerzy konsorcjum wskazali, że:

- ☐ będą polegać na zdolnościach innych podmiotów
- ☐ nie przewidują podwykonawstwa podmiotów, na zasobach których nie będą polegać.

Do oferty nie załączono żadnych dokumentów JEDZ dotyczących podwykonawców, czy też dotyczących podmiotów, na których potencjałe wykonawca ma zamiar polegać.

Zgodnie z obowiązującymi przepisami wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów jest zobowiązany załączyć do oferty dokumenty JEDZ tych podmiotów.

Obowiązek ten wynika z art. 25a pkt 3 ustawy Pzp, został również wskazany w sekcji VI pkt VI.3.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 7.1 SIWZ. W SIWZ wskazano dokumenty, jakie wykonawca zobowiązany był złożyć w celu wstępnego potwierdzenia, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. Z pkt 7.1.2. SIWZ wynika, że w przypadku powoływania się przez wykonawcę na zasoby innych podmiotów jest on zobowiązany do złożenia JEDZ dotyczących tych podmiotów oraz zobowiązania tych podmiotów do oddania zasobu na potrzeby wykonawcy. Wskazane wyżej dokumenty zostały wymienione w sekcji 7.1, nie ma zatem wątpliwości, że powinny być załączone do oferty, na pierwszym etapie postępowania. W odróżnieniu w sekcji 7.2 SIWZ wskazano dokumenty, do złożenia których Wykonawca będzie zobowiązany na podstawie wezwania Zamawiającego, w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

4

Na marginesie zauważyć należy, że informacja o konieczności dołączenia do oferty odrębnych formularzy JEDZ/ESPD dotyczących podmiotów, na zasoby których powołuje się

wykonawca, wynika również z pouczenia na formularzu JEDZ oraz z Instrukcji wypełnienia JEDZ udostępnionej przez Urząd Zamówień Publicznych.

W dniu 1 września 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust 1 Pzp, w tym wykazu robót budowlanych - Formularz 5, wykazu usług - Formularz 6 oraz referencji lub dokumentów równoważnych.

Jednocześnie tym samym pismem Zamawiający wezwał Konsorcjum do wyjaśnienia/uzupełnienia złożonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Zakres żądanego wyjaśnienia/uzupełnienia obejmował między innymi wyjaśnienie, czy wykonawca będzie polegał na zasobach innych podmiotów (zgodnie z oświadczeniem wskazanym w JEDZ) wobec faktu, że nie załączył do oferty żadnego dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego, ani zobowiązania do udostępnienia wykonawcy zasobów. Zamawiający wezwał wykonawcę by w przypadku polegania na zasobach podmiotów trzecich złożył (na podstawie art. 26 ust 3 Pzp) dokumenty JEDZ tych podmiotów oraz zobowiązania do udostępnienia zasobów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Konsorcjum złożyło wyjaśnienia wskazując, że wykonawca będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich:

- ☐ POL DRÓG Warszawa sp. z o.o. w zakresie robót budowlanych;
- ☐ DEMATERIA D.A. - W. w zakresie usług projektowych Wykonawca wskazał, że powyższe podmioty będą brały udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców i złożył oświadczenia o udostępnieniu zasobów przez te podmioty. Jednocześnie wykonawca nie złożył żadnych dokumentów dotyczących Formart

Pracownia Architektury s.c.

Zgodnie z pkt 11.3 SIWZ dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy winny być wypełnione zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. W formularzu oferty zamawiający wymagał wskazania w pkt 11 czy zamówienie będzie realizowane przy udziale podwykonawców, ze wskazaniem firmy podwykonawcy oraz sprecyzowaniem części zamówienia, które będą zlecone podwykonawcom, zgodnie z art. 36b Pzp. Konsorcjum wypełniło formularz przez wskazanie, że powierzy wykonanie zamówienia podwykonawcy Formart Pracownia Architektury s.c. w zakresie prac projektowych. W ocenie Odwołującego złożone w ofercie oświadczenie Konsorcjum, dotyczące zakresu prac jakie wykonawca ma zamiar powierzyć podwykonawcy, stanowi istotną merytoryczną treść oferty i nie może podlegać zmianom po upływie terminu składania ofert, do czego doszło w Postępowaniu.

Wskazanie przez Konsorcjum w treści oferty, że zamówienie będzie realizowane przy udziale konkretnego podwykonawcy w oznaczonym zakresie (prace projektowe) oznacza, że zmiany dokonane po upływie terminu składania ofert, polegające na wskazaniu nowych podwykonawców, w tym podwykonawstwa w zakresie niepodanym w ofercie (roboty budowlane), z jednoczesnym pominięciem podwykonawcy pierwotnie wskazanego, stanowią niedopuszczalną zmianę treści oferty, a tym samym naruszają art. 87 ust 1 ustawy Pzp. Podając w ofercie, że wykonawca będzie korzystał z podwykonawstwa jedynie w zakresie prac projektowych, Konsorcjum *de facto* zadeklarowało, że w pozostałym zakresie prace zostaną wykonane w ramach potencjału własnego Konsorcjum, bez udziału kolejnych podwykonawców. Treść oferty implikuje uznanie, że Konsorcjum nie mogło polegać na potencjale podmiotów trzecich w takim zakresie, w jakim potencjał ten może być udostępniony jedynie w formie podwykonawstwa, w innym obszarze niż prace projektowe. Tylko bowiem taki zakres prac został wskazany w ofercie jako prace, których wykonanie będzie powierzone podwykonawcom.

Wobec powyższego za niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy Pzp i SIWZ Odwołujący uznał poleganie przez wykonawcę na potencjale POL DRÓG Warszawa sp. z o.o. w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Udostępnienie zasobów przez POL DRÓG Warszawa sp. z o.o. obejmuje bowiem potencjał doświadczenia, który z uwagi na wymóg wynikający z art. 22a ustawy Pzp oraz pkt 6.4.4 SIWZ może być udostępniony jedynie w formie podwykonawstwa. Jednocześnie zakres podwykonawstwa obejmowałby w tym przypadku roboty budowlane, a zatem zakres, który jak wynika z treści oferty - Konsorcjum zobowiązało się wykonać bez udziału podwykonawcy.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z art. 84 ust 1 ustawy Pzp wykonawca może dokonać zmiany oferty jedynie przed upływem terminu składania ofert, który w Postępowaniu upłynął

3 sierpnia 2017 r. Wskazanie podwykonawcy, na zasobach którego wykonawca polega w zakresie robót budowlanych pismem z dnia 12 września 2017 r. stanowi niedopuszczalną zmianę treści oferty. Zmiana taka nie może być wprowadzona w ramach złożenia dokumentów na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ani w ramach wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W ramach procedury określonej w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca powinien złożyć wykazy robót i usług wymaganych przez zamawiającego oraz dotyczące tych usług referencje własne lub udostępnione przez podmiot trzeci - podwykonawcę, w zakresie w jakim wykonawca wskazał w ofercie, że będzie powierzał wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W ramach procedury określonej w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wykonawca miał możliwość wyjaśnienia rozbieżności wskazywanych przez Zamawiającego i uzupełnienia

6

niezałączonych do oferty (wbrew przepisom ustawy i warunkom SIWZ) dokumentów w postaci JEDZ oraz oświadczenia o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego, na którego potencjałe wykonawca polega. Te dokumenty mogły jednak być uzupełnione jedynie wobec podwykonawcy, któremu wykonawca powierza wykonanie części zamówienia w postaci prac projektowych. W pozostałym zakresie Konsorcjum nie złożyło oświadczenia o korzystaniu z podwykonawców (a tylko w tej formie możliwe było poleganie na zasobach podmiotu trzeciego w odniesieniu do zasobów kwalifikacji i doświadczenia).

Żaden ze wskazanych wyżej przepisów nie umożliwiał modyfikacji oferty przez wskazanie szerszego zakresu prac, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom czy też przez wskazanie nowego podwykonawcy w miejsce dotychczasowego. Zmiana tych danych stanowi istotną merytoryczną zmianę treści oferty.

Uzasadniając powyższe stanowisko Odwołujący powołał się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Esaprojekt (sygn. akt C-397/14) z dnia 4 maja 2017 r. oraz orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO/UZP 236/17).

Z ostrożności Odwołujący podniósł, że w aktualnie obowiązującym stanie prawnym, w pewnych sytuacjach dopuszczalna jest zmiana podwykonawcy, na którego zasoby powołuje się wykonawca. Nie może to być jednak zmiana dowolna. W przedmiotowej sprawie nie miał zastosowania art. 22a ustawy Pzp, który obliuguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołuje się wykonawca innym podmiotem lub zobowiązaniem do osobistego wykonania danej części zamówienia. Wynikający z przywołanego przepisu obowiązek zamawiającego dotyczy bowiem wyłącznie sytuacji, gdy wykonawca wskazał, że będzie polegał na potencjale konkretnego podmiotu trzeciego, a jednocześnie zdolności tego podmiotu nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu przesłanki wykluczenia. Przepis ten nie ma zastosowania w sytuacji, gdy wykonawca nie wskazał w ofercie podmiotu trzeciego, na zasobach którego polega. Art. 22a ust. 6 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich. Nie jest dopuszczalne wprowadzenie nowego podwykonawcy w zakresie w jakim Konsorcjum nie wskazało w treści oferty powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Jednocześnie nawet zmiana podwykonawcy w zakresie w jakim Konsorcjum wskazało w treści oferty korzystanie z podwykonawstwa - a więc w zakresie prac projektowych, nie była możliwa bez wezwania w trybie art. 22a ust. 6 Pzp, z inicjatywy własnej wykonawcy.

7

Zdaniem Odwołującego, skoro oświadczenia o udostępnieniu Konsorcjum zasobów złożone przez POL DRÓG Warszawa sp. z o.o. oraz przez DEMATERIA D.A. -W. zostały złożone z datą 2 sierpnia 2017 r., a oferta została złożona w dniu 3 sierpnia 2017 r. wykonawca na dzień złożenia oferty miał pełną wiedzę, że będzie korzystał z podwykonawstwa wskazanych wyżej podmiotów zarówno w zakresie prac projektowych jak i prac budowlanych. Fakt niezgłoszenia wskazanych wyżej podmiotów jako podwykonawców w treści oferty może prowadzić do dwojakich wniosków - można przyjąć, że dokumenty udostępnienia zasobów

nie zostały wystawione w dacie, jaką są opatrzone lub można przyjąć, że były złożone zgodnie z ich treścią w dniu 2 sierpnia 2017 r., a wykonawca składając ofertę wprowadził zamawiającego w błąd.

Z zobowiązania do udostępnienia zasobów złożonego przez POL DRÓG Warszawa sp. z o.o. wynika, że podmiot ten udostępnia wykonawcy potencjał zdolności technicznych lub zawodowych jako wykonawca robót budowlanych - Rewitalizacja Dolnego Wrzeszcza w Gdańsku i będzie go łączyła z Konsorcjum umowa podwykonawstwa. Udostępniony potencjał został wskazany przez Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, w pkt 5 wykazu wykonanych robót budowlanych - Formularz 5. Z uwagi na fakt, że wykonawca nie wskazał w ofercie powierzenia podwykonawcy robót budowlanych, a tym samym zobowiązał się do osobistego wykonania tych robót, w świetle przepisów ustawy Pzp i SIWZ nie było możliwe uzupełnienie czy też zmiana oferty przez wskazanie tego podwykonawcy. W konsekwencji Konsorcjum nie może się powoływać na potencjał POL DRÓG Warszawa sp. z o.o. i nie wykazało tym samym spełnienia warunku polegającego na należytych wykonaniu dwóch robót budowlanych o wartości nie mniejszej niż 1.800.000 zł każda w zakresie zrealizowanych prac polegających na zagospodarowaniu parków lub terenów zielonych. Wobec braku wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu.

Z zobowiązania do udostępnienia zasobów złożonego przez DEMATERIA D.A. - W. wynika, że podmiot ten udostępnia wykonawcy potencjał zdolności technicznych lub zawodowych, jako wykonawca dokumentacji projektowej w ramach zadania: Kształtowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Leśmierz. Udostępniony potencjał został wskazany przez Konsorcjum na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, w pkt 2 wykazu wykonanych usług - Formularz 6. Z uwagi na fakt, że wykonawca nie wskazał w ofercie tego podwykonawcy i nie był wzywany do dokonania czynności w trybie art. 22a ust. 6 Pzp, w świetle przepisów ustawy Pzp i SIWZ nie było możliwe uzupełnienie czy też zmiana oferty przez wskazanie tego podwykonawcy. W konsekwencji Konsorcjum nie może się powoływać na potencjał DEMATERIA D.A. - W. i nie wykazało tym samym spełnienia warunku polegającego na należytych wykonaniu dwóch dokumentacji projektowych, z których każda

8

obejmowała swoim zakresem zagospodarowanie parków o pow. min. 5.000 m², wraz z obiektami małej architektury. Wobec braku wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu oferta Konsorcjum podlegała odrzuceniu.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że w wykazie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia

- Formularz 7, wskazano mgr inż. D.A. - W. podając jako podstawę dysponowania tą osobą - zasoby własne, co pozostaje w sprzeczności ze zgłoszeniem podwykonawstwa DEMATERIA D.A. - W..

Zarzuty odnoszące się do warunków udziału w Postępowaniu:

Warunek określony w pkt 6.3.3.1a tiret trzeci SIWZ:

W ocenie Odwołującego, Konsorcjum nie wykazało również spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie w jakim uczestnicy Konsorcjum polegali na potencjale własnym. W pkt 6.3.3.1a SIWZ wskazano, że jednym z wymagań w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest wykazanie należytego wykonania jednej roboty budowlanej o wartości nie mniejszej niż 300.000 zł brutto lub dwóch robót na kwotę minimum 150.000 zł brutto każda, polegających na budowie, przebudowie lub rozbudowie fontann lub sztucznych zbiorników wodnych,

W wykazie wykonanych robót budowlanych - Formularz 5, złożonym przez Konsorcjum, pod pozycją 2 wskazano w ramach potwierdzenia spełnienia przywołanego powyżej warunku udziału w Postępowaniu, realizację prac na rzecz Zakładu Robót Specjalistycznych sp. z o.o., polegających na przebudowie i budowie terenów w zakresie modernizacji 4 skwerów. Z treści wykazu wynika, że część wykonywanych prac dotyczyła robót konstrukcyjnych w postaci budowy fontann. Wartość robót polegających na budowie fontann określono na 983 419, 44 zł. Jednocześnie ze złożonego przez uczestnika Konsorcjum - P.B.H. ELSAT listu referencyjnego wynika, że roboty konstrukcyjne, których wartość została określona na kwotę 983 419, 44 zł obejmowały cały szereg różnych prac, z czego wykonanie 1 fontanny stanowiło jedynie niewielką część składową. W ramach robót objętych wskazaną wartością prac wykonano poza fontanną:

1. budowę zegara słonecznego,

2. monolityczny postument pod pomnik Bohaterów II Wojny Światowej,
3. monolityczny postument pod pomnik Tadeusza Kościuszki,
4. 6 sztuk monolitycznych ławek parkowych wraz z kwietnikami,
5. rewitalizację szaletu miejskiego,
6. budowę znaków partnerskich,
7. rozbiórkę 2 budynków.

Wykonawca nie wskazał, jaką część wynagrodzenia stanowiła wartość robót polegających na budowie fontanny, a zatem wartość robót, których wykonanie stanowiło warunek udziału w Postępowaniu. Podkreślić należy, że na str. 11 SIWZ w części oznaczonej jako „UWAGA”, wskazano, że w przypadku, gdy wykonawca w ramach jednego kontraktu lub zamówienia wykonywał szerszy zakres prac, dla potrzeb przedmiotowego Postępowania powinien wyodrębnić i podać wartość każdej z robót lub usług, których wykonanie jest spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu. Wykonawca był tego świadomy, czego wyrazem jest fakt, że dokonał podziału częściowo. Wyodrębnił z całej wartości robót dwie pozycje - jedną obejmującą prace drogowe, małą architekturę, roboty elektryczne i wod - kan i drugą obejmującą roboty konstrukcyjne (budowę fontann). Nie dokonał jednak dalszego podziału kwoty przypadającej w ramach robót konstrukcyjnych na budowę fontann. Biorąc pod uwagę zakres prac określonych jako roboty konstrukcyjne w ocenie Odwołującego można przyjąć z dużym prawdopodobieństwem, że wartość prac polegających na wykonaniu 1 fontanny nie przekroczyła progu wskazanego przez Zamawiającego jako wymagany do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu.

W ocenie Odwołującego sposób zredagowania treści wykazu, a nadto zaniechanie wyodrębnienia wartości robót polegających na budowie fontann z wszystkich robót konstrukcyjnych stanowi wprowadzenie zamawiającego w błąd i wypełnia co najmniej dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jeśli nie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, co w konsekwencji powinno być podstawą wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Konsorcjum.

Warunek określony w pkt 6.3.3.1b tiret drugi SIWZ:

W pkt 6.3.3.1b SIWZ określono, że jednym z wymagań w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest wykazanie należytego wykonania jednej usługi o wartości nie mniejszej niż 400.000 zł brutto lub dwóch usług na kwotę minimum 200.000 zł brutto każda polegających na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew w parkach, zieleńcach lub innych terenach zieleni zorganizowanej o powierzchni terenu objętego pielęgnacją zieleni min. 2 ha.

W wykazie wykonanych robót budowlanych - Formularz 5, złożonym przez Konsorcjum, pod pozycją 1 wskazano w ramach potwierdzenia spełnienia przywołanego powyżej warunku udziału w Postępowaniu, realizację prac na rzeź Skanska S.A., polegających na nasadzeniu, wycince wraz z frezowaniem, nasadzeniach drzew oraz nasadzeniach krzewów, wykonywanych na powierzchni 32300 m² wraz z wykonywaniem prac pielęgnacyjnych tj. koszenie. Wartość robót określono na 649 341, 69 zł. Z poświadczenia wykonania prac wystawionego przez Skanska S.A. wynika, że wskazane wyżej prace były wykonywane w ramach realizacji inwestycji „Przebudowa ronda Sybiraków w Łodzi wraz z przebudową sieci ciepłowniczej”. Z poświadczenia wynika ponadto, że prace obejmowały wprowadzić

powierzchnię 32.300 m², ale jedynie w zakresie nasadzeń krzewów i powierzchni trawiastej. Z dostępnego publicznie dokumentu - *Przedmiaru robót przebudowy Ronda Sybiraków* wynika, że obszar prac związanych z usuwaniem drzew i krzewów wynosił jedynie 0,04 ha. Natomiast wskazany przez Konsorcjum obszar, na którym prace miały być wykonane - 32.300 m² obejmował humusowanie i obsianie trawą oraz plantowanie (wyrównanie terenu), a więc prace, które nie mają związku z wymaganiami wskazanymi przez Zamawiającego jako warunki udziału w Postępowaniu. Tym samym wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu polegającego na wykonaniu prac związanych z wycinką, nasadzeniami i pielęgnacją drzew na obszarze co najmniej 2 ha. W tym zakresie w ocenie Odwołującego wykonawca wprowadził Zamawiającego w błąd, wypełniając co najmniej dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jeśli nie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, co w konsekwencji powinno być podstawą wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Konsorcjum.

Ponadto Zamawiający żądał przedstawienia dowodu wykonania prac obejmujących wycinkę, nasadzenia i pielęgnację drzew o wartości co najmniej 400.000 zł. Konsorcjum wskazało zaś na dowód spełnienia tego warunku udziału w Postępowaniu prace związane nie tylko z drzewami, ale również z wycinką i nasadzeniami krzewów, koszeniem i pielęgnacją trawników (podlewanie, nawożenie). Wykonawca nie podał jaka część wartości wskazanych przez niego prac stanowi wartość prac związanych z wycinką, nasadzeniami i pielęgnacją drzew, mimo wyraźnego wymogu SIWZ w tym zakresie (str. 11 SIWZ - w przypadku, gdy Wykonawca w ramach jednego kontraktu lub zamówienia wykonywał szerszy zakres prac, dla potrzeb przedmiotowego postępowania powinien wyodrębnić i podać wartość każdej z robót lub usług, których wykonanie jest spełnieniem warunku udziału w Postępowaniu.) Biorąc pod uwagę znaczący udział prac nie mieszczących się w zakresie prac wymaganych przez Zamawiającego, spełnienie warunku wykonania prac dotyczących drzew o wartości min. 400.000 zł jest w ocenie Odwołującego co najmniej wątpliwe, a z całą pewnością nie zostało przez Konsorcjum udowodnione. W ocenie odwołującego zaniechanie wyodrębnienia wartości prac związanych z drzewami i wskazanie obszaru 32.300 m² stanowi wprowadzenie Zamawiającego w błąd i wypełnia co najmniej dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, jeśli nie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp, co w konsekwencji powinno być podstawą wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty Konsorcjum.

Dodatkowo wątpliwości budzą Referencje udzielane partnerowi Konsorcjum - spółce Ogrody Zofii sp. z o.o. Referencje te zostały wystawione przez Pana M.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Szkółki S.. Z uwagi na fakt, że Pan M.S. pełni w spółce Ogrody Zofii sp. z o.o. funkcję Prezesa Zarządu, *de facto* poleca współpracę sam ze sobą, co czyni wiarygodność wystawionych referencji wątpliwą.

11

Zarzuty odnoszące się do poprawienia omyłki rachunkowej:

Pismem z dnia 1 września 2017 r. Zamawiający dokonał poprawek w ofercie Konsorcjum, wskazując, że poprawki dotyczą oczywistych omyłek rachunkowych. Zgodnie z art. 87 ust. 2 ustawy Pzp zamawiający poprawia w ofercie jedynie oczywiste omyłki pisarskie i rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem Odwołującego dokonane przez Zamawiającego poprawki wykraczają poza dozwolone przepisami poprawienie omyłek oczywistych. W ocenie Odwołującego przyjęty przez Zamawiającego sposób poprawienia kwoty wartości poszczególnych elementów netto w pkt 6.2 tabeli dot. Zadania 2 - Zagospodarowanie terenu wraz z infrastrukturą podziemną i przyłączami, nie ma charakteru oczywistego. Błąd wykonawcy mógł bowiem zostać poprawiony na dwa sposoby - przez uznanie za prawidłową kwoty brutto, odliczenie od niej kwoty VAT i poprawienie kwoty netto w pozycji 6.2. (jak uczynił Zamawiający) lub odwrotnie przez uznanie za prawidłową kwoty netto i poprawienie kwoty VAT oraz kwoty brutto. W ocenie Odwołującego błąd w ofercie jako niemający charakteru oczywistego nie podlegał korekcie w trybie zastosowanym przez Zamawiającego i stanowił błąd w obliczeniu ceny. Na rozprawie Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Dodatkowo wskazał, w odniesieniu do dowodu złożonego przez Przystępującego tj. *Tabeli elementów scalonych - zgłoszenie płatności przejściowej nr 4 za okres 16.07.2013 r. do 04.10.2013 r.*, iż P.B.H. ELSAT w ramach projektu „Rewitalizacja Centrum Konstantynowa” realizowało prace jako podwykonawca, a zatem nie jest dokładnie znany zakres prac wykonanych przez ten podmiot. Powołując się na przedmiar robót stanowiący załącznik do umowy podwykonawczej pomiędzy Skanska S.A. a Ogrody Zofii Sp. z o.o., złożonej jako dowód przez Konsorcjum, stwierdził, że dla oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 6.3.3.1b tiret drugi SIWZ należy wziąć pod uwagę wyłącznie drugi wiersz w dziale 5.1 humusowanie i obsianie trawą tj. humusowanie terenów przeznaczonych pod rabaty obsadzone krzewami, gdyż w treści warunku wyraźnie wskazano, że chodzi o prace polegające na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew w parkach. Humusowanie terenów przeznaczonych pod rabaty obsadzone krzewami wchodzi w skład nasadzeń tj. należy je zaliczyć się do oceny przedmiotowego warunku, natomiast prace polegające na humusowaniu z plantowaniem i obsianiem skarp nie mogą być uwzględnione, gdyż w treści warunku nie ma mowy o trawnikach.

12

W dniu 17 listopada 2017 r. (na posiedzeniu) odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający (pismo z dnia 16 listopada 2017 r.) wnosząc o oddalenie odwołania. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający w szczególności stwierdził, co następuje:

Zarzuty odnoszące się do powołania się przez Konsorcjum na zasoby podmiotów trzecich oraz wskazania podwykonawców:

W pierwszej kolejności Zamawiający wskazał, że na gruncie przepisów ustawy Pzp rozróżniane są dwie „formy” podwykonawstwa, co do których ustawa przewiduje odmienne obwarowania i konsekwencje.

Pierwszy rodzaj podwykonawstwa, może powstać z chwilą powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, o czym stanowi art. 22a ust 4 w zw. z art. 22a ust 1 ustawy Pzp. Zgodnie z ww. artykułem wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane (lub usługi), do realizacji których te zdolności są wymagane. Sformułowanie „podmioty te zrealizują roboty budowlane” rozumiane jest właśnie jako podwykonawstwo.

Drugi rodzaj podwykonawstwa - wynikający z art. 36a ust 1 ustawy Pzp, to taki, który nie został oparty na zasadach dotyczących polegania na zasobach innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Wykonawca może wskazać podwykonawców, o ile Zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Ten rodzaj podwykonawstwa może być wskazany przez wykonawcę zarówno wówczas, gdy sam jest w stanie wykazać spełnienie warunków udziału w Postępowaniu (i nie polega na zasobach podmiotów trzecich), jak i w sytuacji, gdy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego, ale dodatkowo będzie posiadał jeszcze „innych” podwykonawców.

W realiach niniejszej sprawy, żądanie wskazania podwykonawców w Formularzu Oferty (pkt 11), ma na celu jedynie poznanie zakresu podwykonawstwa i nazw podwykonawców, bowiem dane te następnie uzupełniane są w umowie na roboty budowlane. O ile Zamawiający jest w stanie ustalić zakres podwykonawstwa (i nazwy podwykonawców) wynikający z udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego, o tyle o podwykonawstwie wynikającym z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może posiłkować wiedzę z chwilą wskazania go bezpośrednio przez wykonawcę. Zamawiający w tym celu przewidział pkt 11 Formularza oferty, w którym wykonawca winien podać nazwy podwykonawców oraz część zamówienia, która zostanie im przekazana do realizacji.

13

Dalej Zamawiający wskazał, że w przypadku pierwszego rodzaju podwykonawstwa Zamawiający ma obowiązek – na podstawie art. 25a ust. 3 ustawy Pzp – żądania:

- 1) złożenia przez wykonawcę jednolitego dokumentu dotyczącego podmiotów udostępniających zasoby – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp;

- 2) zamieszczenia przez wykonawcę informacji o podmiotach udostępniających zasoby w tzw. „wstępnym oświadczeniu” – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W przypadku drugiego rodzaju podwykonawstwa zamawiający zgodnie z dyspozycją art. 25a ust. 5 może (ale nie musi) żądać:

- 1) złożenia przez wykonawcę jednolitego dokumentu dotyczącego podwykonawców – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp;
- 2) zamieszczenia przez wykonawcę informacji o podwykonawcach w tzw. „wstępnym oświadczeniu” – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W tym zatem przypadku to od decyzji zamawiającego zależy, czy wskazywanie tego podwykonawstwa ma znaczenie dla postępowania czy wskazywanie tego rodzaju podwykonawstwa ma jedynie charakter informacyjny.

W Postępowaniu, zgodnie z pkt 7.1.2 SIWZ Zamawiający żądał, aby wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów w celu wykazania braku istnienia wobec nich

podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w zakresie, w jakim powołują się na ich zasoby – złożył JEDZ oraz zobowiązanie tego podmiotu do oddania swego zasobu na potrzeby wykonawcy.

Zamawiający nie skorzystał natomiast z przysługującego mu uprawnienia wynikającego z wspomnianego art. 25a ust. 5 ustawy Pzp i nie żądał od wykonawców złożenia JEDZ w odniesieniu do podwykonawców, o jakich mowa w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp.

Postanowienia SIWZ nie zostały zaskarżone i mają charakter wiążący i na etapie oceny ofert nie jest dopuszczalne kontestowanie jej treści, czy wywodzenie odmiennych skutków czy wniosków z jej treści, gdyż sprzeciwiałoby się to zasadzie przejrzystości postępowania statutowanej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i przewidywalności działań zamawiającego w zakresie równego traktowania wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu.

14

Konsorcjum w Formularzu Oferty (pkt 11) z jednej strony wskazało na podstawie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp podwykonawcę tj. Formart Pracownia Architektury s.c., a z drugiej strony wszyscy członkowie Konsorcjum w swoich JEDZ część II w pkt C (Informacje na temat polegania na zdolnościach innych podmiotów) zaznaczyli odpowiedź „TAK”, a w pkt D (Informacje dotyczące podwykonawców, na których

zdolnościach wykonawca nie polega) zaznaczyli odpowiedź „NIE”. Oświadczenie złożone w Formularzu oferty różniło się zatem z oświadczeniem złożonym w JEDZ.

Z uwagi na w/w rozbieżności w JEDZ oraz Formularzu oferty (pkt 11) w zakresie podwykonawstwa, o jakim mowa w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający pismem z dnia 01.09.2017 r. wezwał Konsorcjum m.in. na podstawie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów, które w sposób nie budzący wątpliwości albo potwierdzą, że Konsorcjum polega na zasobach podmiotów trzecich (i w tym zakresie uzupełni brakujące dokumenty, m.in. zobowiązania do udostępnienia niezbędnych zasobów oraz JEDZ tego podmiotu), ewentualnie wskaże podwykonawców, o jakich mowa w art. 36b ust. 1 ustawy Pzp i w tym zakresie złoży oświadczenia JEDZ prawidłowo uzupełnione w części II pkt D.

Konsorcjum pismem z dnia 12.09.2017 r. wyjaśniło, że zgodnie z oświadczeniem złożonym w Części II pkt C formularza JEDZ będzie polegało na zdolności innych podmiotów (tj. POL DRÓG Warszawa sp. z o.o. oraz DEMATERIA D.A. — W.), a dodatkowo wyjaśniło, że nie zamierza zlecić osobom trzecim (innym niż podwykonawcy, na zdolnościach których polegają) jakiegokolwiek części zamówienia.

Zdaniem Zamawiającego Konsorcjum nie dokonało zmiany treści oferty w rozumieniu zasad wskazanych w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (wyrok w sprawie Esaprojekt sp. z o.o. sygn. akt. C-397/14 z dnia 4 maja 2017 r.). Zarówno bowiem z chwilą złożenia oferty, jak i z chwilą złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp, oraz w związku z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca wskazywał, że będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich, w celu wykazania spełnienia warunków udziału.

Konsorcjum miało natomiast prawo zmienić, czy nawet zrezygnować z podwykonawcy na zdolnościach, którego nie polegało (art. 36a ust. 1 ustawy Pzp), bowiem Zamawiający nie badał czy tacy podwykonawcy podlegają wykluczeniu (nie żądał dokumentów z art. 25a ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp.) W tym zakresie nie doszło do zmiany „tożsamości wykonawcy”, o jakiej mowa w przywołanym wyroku.

Z powyższego w ocenie Zamawiającego wynika, że o ile wskazanie podwykonawcy opartego na zasadach z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - w świetle cytowanego przez Odwołującego orzeczenia w sprawie Esaprojekt - nie jest możliwe, gdy wykonawca pierwotnie oświadczył,

15

że zamówienie wykona samodzielnie, o tyle zmiana podwykonawcy, rezygnacja z podwykonawcy, o jakim mowa w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp jest w pełni dopuszczalna. W uzasadnieniu w/w orzeczenia wskazano, że „wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.” W niniejszej sprawie na moment składania ofert, wykonawca oświadczał, że będzie polegał na zasobach podmiotów

trzecich (patrz: JEDZ, część II pkt C). Ostatecznie Zamawiający podkreślił, że prawidłowym i uzasadnionym było wezwanie Konsorcjum do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp oraz złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust 1 ustawy Pzp, również w zakresie podmiotów na zdolnościach, których polegał. Zgodnie z cytowanym orzeczeniem Zamawiający może żądać poprawienia lub uzupełnienia informacji złożonych w ofercie (czy JEDZ) pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, co do których obiektywnie można ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu zgłoszeń. W formularzach JEDZ złożonych przez Konsorcjum wraz z ofertą, a datowanych na dzień 03.08.2017 r. zawarta jest informacja, że Konsorcjum będzie polegać na zasobach podmiotów trzecich (Część II, pkt C). Są to zatem informacje, które w sposób obiektywny każdy jest w stanie stwierdzić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu składania oferty (otwarcie ofert miało miejsce w dniu 04.08.2017 r). Również zobowiązania podmiotów trzecich tj. POL DRÓG Warszawa sp. z o.o. jak i DEMATERIA D.A. — W. datowane są na dzień 02.08.2017 r. (tj. na datę sprzed otwarcia ofert).

Odwołujący zdaje się nie dostrzegać różnicy pomiędzy opisanymi powyżej dwoma rodzajami podwykonawstwa, a tym samym nie sposób się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że w przypadku podwykonawców, o jakich mowa w art. 36a ustawy Pzp ich zmiana, czy rezygnacja stanowi zmianę treści oferty.

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, że przywoływane przez Odwołującego orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.02.2017 r. (sygn. KIO 236/17) zacytowane jedynie wybiórczo w oderwaniu od istoty problemu - wręcz potwierdza stanowisko Zamawiającego. Z orzeczenia tego wynika bowiem, że w przypadku gdy Zamawiający wymaga od wykonawców przedstawienia informacji odnośnie podwykonawców z art. 36a w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie wymaga na podstawie art. 25a ust. 5 ustawy Pzp przedłożenia JEDZ (lub zamieszczenia informacji o tych podmiotach w tzw. „wstępnych oświadczeniach — w zależności od progu), to zmiana informacji w za kresie tego podwykonawstwa - ale jedynie w takim przypadku — jest odczytywana jako zmiana treści oferty. A contrario, zmiany podwykonawstwa (z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp) w przypadku, gdy Zamawiający nie zastrzegł, że będzie badał czy

16

względem tych podwykonawców istnieją podstawy wykluczenia (na podstawie art. 25a ust. 5 ustawy Pzp) — mają charakter nieistotny.

Tym samym, wskazanie podwykonawców (na podstawie art. 36b ustawy Pzp) ma charakter merytoryczny (a nie jedynie formalny) wyłącznie w przypadku, kiedy Zamawiający w SIWZ wskazuje wprost, że podwykonawców (o jakich mowa w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 36b ust 1 ustawy Pzp) będzie weryfikował odnośnie istnienia względem nich braku podstaw do wykluczenia. W niniejszej sprawie istotnym jest, że Zamawiający takiego obostrzenia nie nałożył na wykonawców.

Konsorcjum w pkt 11 Oferty złożyło oświadczenie, w którym wskazało, że zrealizuje zamówienie przy udziale podwykonawców — Formart Pracownika Architektury s.c. w zakresie prac projektowych. Oświadczenie z pkt 11 Oferty ma dla Zamawiającego (zgodnie z art. 36b ust 1 ustawy Pzp) jedynie charakter informacyjny. Informacje udzielane przez wykonawcę w zakresie podwykonawstwa dotyczą jedynie jego zamierzeń. Tym samym z uwagi na zmiany okoliczności gospodarczych, jakie mogą wystąpić w trakcie długotrwałych zamówień, umożliwiono wykonawcom dokonanie modyfikacji złożonych deklaracji w zakresie podwykonawstwa. (patrz. Komentarz do art. 36b ustawy Pzp P. Granecki, Komentarz do Prawa zamówień publicznych, C.H. Beck, Legalis).

Nie sposób się zatem zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że oferta wykonawcy nie spełnia wymagań wskazanych w SIWZ tj. że doszło do naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Zarzuty odnoszące się do warunków udziału w Postępowaniu:

Warunek określony w pkt 6.3.3.1a tiret trzeci SIWZ:

Na potwierdzenie spełnienia w/w warunku udziału Konsorcjum wskazało w Wykazie robót budowlanych pod pozycją nr 2 robotę wykonaną na rzecz Zakładu Robót Specjalistycznych sp. z o.o. (w Pszczynie). Konsorcjum wskazało, że robota ta polegała na „przebudowie i budowie terenów o powierzchni ok. 11.600 m² w zakresie modernizacji 4 skwerów położonych na terenie miasta przy drodze krajowej nr 71 i drodze powiatowej nr 710", a inwestycja obejmowała m.in. (...) pkt 5 — roboty konstrukcyjne (budowa fontann). Wartość

robót konstrukcyjnych to 983.419,44 zł brutto. Z wystawionych referencji dot. w/w roboty wynika, że roboty konstrukcyjne o w/w wartości obejmowały oprócz wykonania fontanny, również inne roboty konstrukcyjne. Zamawiający pismem z dnia 10.10.2017 r. wezwał Konsorcjum w trybie art. 26 ust 3 i 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia, jaka była wartość budowy fontanny. Na wezwanie to Konsorcjum

17

w piśmie z dnia 13.10.2017 r. wskazało, że wartość budowy fontanny wynosiła 838.997,76 zł. Tym samym wykonawca wykazał, że wykonał co najmniej jedną robotę polegającą na budowie lub przebudowie fontanny o wartości nie mniejszej niż 300.000 zł brutto.

Warunek określony w pkt 6.3.3.1b tiret drugi SIWZ:

Zamawiający stwierdził, że w warunku tym nie określił, że pielęgnacja zieleni ma obejmować jedynie sadzenie drzew, wskazał ponadto, że łączna powierzchnia terenu objętego pielęgnacją zieleni to min. 2 ha. Powyższe należy rozumieć w taki sposób, że wszelkie czynności szeroko rozumianej „pielęgnacji zieleni” miały być wykonane na terenie minimum 2 ha. A definicji „pielęgnacji zieleni” Zamawiający nie wprowadził. Określił tylko, że usługa oprócz pielęgnacji zieleni na min. 2 ha ma polegać na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew. Dodatkowo Zamawiający nie wskazał, że wycinka i nasadzenia mają dotyczyć wyłącznie drzew (mogły być to również m. in. krzewy, czy inne nasadzenia). Jedynie „pielęgnacja” odnosiła się do drzew.

Zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp warunki udziału w postępowaniu winny być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że muszą one być powiązane i związane z zakresem czynności jakie wykonawca w ramach danego zamówienia będzie wykonywał. Nie jest zatem uzasadnione żądanie od wykonawcy wykazania niezbędnego doświadczenia i wiedzy w zakresie usług, które w ogóle nie będą przedmiotem zamówienia, ale również nie jest również uzasadnione zawężanie warunku udziału w taki sposób, który nie pozwoli ustalić Zamawiającemu czy wykonawca ma doświadczenie chociażby w stopniu dostatecznym w zakresie znaczących czynności (usług) wykonywanych w ramach zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że w ramach zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem Wykonawca będzie zobowiązany do wykonania prac polegających nie tylko na pielęgnacji i nasadzeniu drzew, ale również szeroko pojętej pielęgnacji zieleni, co wynika wprost z dokumentacji przetargowej. Wobec powyższego postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu nie obejmuje tylko prac polegających na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew, ale na pielęgnacji zieleni na powierzchni min. 2 ha, w ramach której powinny znaleźć się prace polegające na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew. Próba interpretowania warunku w sposób zawężający (wybiórczy) stoi w sprzeczności z zasadami dotyczącymi prowadzenia postępowania, a w szczególności w zakresie stawiania wymagań w zakresie proporcjonalności warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto z warunku wskazanego przez Zamawiającego wynika, że na wartość usługi polegającej na pielęgnacji zieleni na obszarze co najmniej 2 ha w wysokości co najmniej

18

400.000 zł składa się wartość wszystkich prac wykonywanych w ramach pielęgnacji zieleni. Z uwagi na fakt, że wykonawca nie wprowadzał szczegółowej definicji pielęgnacji zieleni, wymienił jedynie kilka czynności jakie winny być wykonane, aby posiadać niezbędne doświadczenie w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, tym samym wszelkie wątpliwości interpretacyjne w zakresie rozumienia tego warunku należy rozstrzygać, na korzyść wykonawcy. Stanowisko takie jest ugruntowane i jednolite w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej.

Ostatecznie Zamawiający podnosi, że z warunku wskazanego przez Zamawiającego wynika, że na wartość usługi polegającej na pielęgnacji zieleni na obszarze co najmniej 2 ha w wysokości co najmniej 400.000 zł składa się wartość wszystkich prac wykonywanych w ramach pielęgnacji zieleni. Zatem zarzut Odwołującego, że Konsorcjum wskazało szerszy zakres prac na dowód spełnienia tego warunku tj. prace związane nie tylko z drzewami, ale również z wycinką i nasadzeniem krzewów, koszeniem i pielęgnacją trawników oraz nie wydzieliło wartości prac związanych z drzewami jest bezzasadny. Zamawiający nie wymagał

wskazania wartości usługi polegającej na sadzeniu i pielęgnacji drzew, ale wartości usługi polegającej na pielęgnacji zieleni na powierzchni min. 2 ha, w ramach której powinny znaleźć się prace polegające na wycinie, nasadzeniach i pielęgnacji drzew.

Zarzuty odnoszące się do poprawienia omyłki rachunkowej:

Zamawiający wskazał, że nie było możliwości dwojakiego dokonania poprawy omyłki rachunkowej, a jedynie jeden wynikający z zasad dotyczących wyliczania ceny oferty.

W pkt 16 SIWZ Zamawiający określił „Opis sposobu obliczania ceny”. Jednocześnie przy interpretacji użytych w SIWZ definicji CENY należy posilkować się definicjami wskazanymi w ustawie Pzp. Zgodnie ze słownikiem pojęć art. 2 pkt 1 ustawy Pzp - pod pojęciem ceny - należy rozumieć cenę w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 i ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 2014 r. o informowaniu o cenach towarów i usług (Dz. U. poz. 915 oraz z 2016 r. poz. 1823). Zgodnie natomiast z definicją wskazaną w przywołanej ustawie: cena to wartość wyrażona w jednostkach pieniężnych, którą kupujący jest obowiązany zapłacić przedsiębiorcy za towar lub usługę. W cenie uwzględnia się podatek od towarów i usług oraz podatek akcyzowy, jeżeli na podstawie odrębnych przepisów sprzedaż towaru (usługi) podlega obciążeniu podatkiem od towarów i usług lub podatkiem akcyzowym. Przez cenę rozumie się również stawkę taryfową.

Z powyższego wynika, że Cena w rozumieniu Ustawy to cena brutto, a tym samym od wartości brutto wskazanej w Formularzu ofertowym w pkt 5 należy dokonywać wszelkich szczegółowych rozbić elementów składowych ceny brutto. Szczegółowe kalkulacje

19

dotyczące elementów składowych ceny oferty zawarte w Formularzu cenowym (tabela elementów skalonych) mają charakter pomocniczy. W szczególności mają one charakter informacyjny w zakresie określonego przez Zamawiającego nie podlegającego przekroczeniu udziału procentowego prac projektowych czy nadzoru autorskiego. Zamawiający ma obowiązek ustalić czy cena oferty nie zawiera błędów w jej wyliczeniu w szczególności w zakresie ustalenia stawki podatku VAT, co wynika z Uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20.10.2011 r. (sygn. akt III CZP 52/11 i III CZP 53/11). Tym samym wykonawca wyliczając cenę winien w szczególności ustalać wartości netto i wartość podatku VAT z wartości brutto. Obowiązek ustalania wartości netto na podstawie wskazanej w pierwszej kolejności wartości brutto wynika z art. 106e ust. 7 Ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11.03.2004 r. Wykonawca winien bowiem obliczyć podatek VAT w oparciu o wzór określony w w/w ustawie, zgodnie z art. 106e ust. 7 i tym samym od ceny brutto odjąć wartość podatku VAT uzyskując wartość netto. Skoro zatem zgodnie z definicją CENY, uwzględnia się w niej podatek od towarów i usług, to w zakresie jej obliczania należy stosować przepisy Ustawy o podatku od towarów i usług. Tam natomiast wskazane są zasady wyliczania ceny i należnego (uwzględnionego w cenie) podatku VAT, wychodząc — zgodnie z art. 106e ust. 7 — od wartości brutto (a nie netto — jak stara się wykazać Odwołujący). Prawdopodobnie dokonywanie poprawy oczywistej omyłki w sposób wskazany powyżej potwierdza też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2012 r. (sygn. KIO 2603/12).

Z uwagi na powyższe Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, że błędne ustalenie kwoty w pozycji 6.2. kolumna 4 stanowi błąd w wyliczeniu ceny.

Dokonując działań arytmetycznych zarówno poprzez sumowanie wszystkich wartości w kolumnie 4, jak i ustalając wartość netto w pozycji 6.2 i wychodząc od wartości brutto — prawidłowym jest przyjęcie, że cena w kolumnie 4 (poz. 6.2) winna wynosić 168.204,82 zł (a nie wskazane przez konsorcjum 156.460,40 zł).

Na rozprawie Zamawiający podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie. Dodatkowo stwierdził, iż prace polegające na humusowaniu z plantowaniem i obsianiem skarp, które nie są przez Odwołującego zaliczane jako potwierdzające spełnianie warunku udziału w zakresie pielęgnacji zieleni, zostały przez Zamawiającego przewidziane jako element przedmiotu zamówienia w treści PFU. Ponadto wskazał, że przedmiotowy warunek należy interpretować zgodnie z przedmiotem zamówienia w ramach obecnego Postępowania.

W terminie przewidzianym przepisami ustawy Pzp przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: G&P Invest sp. z o.o., D.Sz. prowadzący działalność gospodarczą

20

pod nazwą „SZADEK” D.Sz., M.P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PBH ELSAT M.P., Ogrody Zofii sp. z o.o., Ż.G. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Grupa PRO Ż.G. („Konsorcjum”)

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia ww. wykonawców („Konsorcjum”) do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Konsorcjum swoje stanowisko w sprawie przedstawiło w formie ustnej na rozprawie.

Pierwotnie pełnomocnik Konsorcjum oświadczył, iż zarówno Formart Pracownia Architektury s.c. jak i DEMATERIA D.A. – W. stanowią jego zasoby własne, z tym że w odniesieniu do tego pierwszego podmiotu stwierdził również, iż miał on być podmiotem, na którego zasoby miało się powołać Konsorcjum, a ponadto został on również wskazany jako podwykonawca, choć faktycznie stanowi zasób własny Konsorcjum. W ocenie pełnomocnika Konsorcjum podmioty te mogły stanowić wyłącznie zasób własny Konsorcjum, albowiem są to osoby fizyczne prowadzące indywidualne działalności gospodarcze. Ponieważ DEMATERIA D.A. – W. miała stanowić wyłącznie zasób własny Konsorcjum, pełnomocnik stwierdził, że informacja zawarta pod wykazem usług, zgodnie z którą poz. 1 i 2 wykazu stanowią doświadczenie innych podmiotów, których zasoby zostaną oddane do dyspozycji Konsorcjum, stanowiła omyłkę. Ponadto pełnomocnik stwierdził, iż POL DRÓG Warszawa Sp. z o.o. miała być zgłoszona zarówno jako podwykonawca jak i podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się Konsorcjum. Oświadczył, że w treści JEDZ wypełniając odpowiedź na pytanie w sekcji C („tak”) miał na myśli wyłącznie POL DRÓG Warszawa Sp. z o.o., nie miał na myśli ani Formart Pracownia Architektury s.c. ani DEMATERIA D.A. – W., albowiem w związku z tym, iż są to osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, były one traktowane jako zasób własny.

Jako dowody w sprawie złożył *protokół odbioru końcowego robót (nr 5/2013) z dnia 12 grudnia 2013 r., Tabelę elementów scalonych - zgłoszenie płatności przejściowej nr 4 za okres 16.07.2013 r. do 04.10.2013 r. oraz umowę podwykonawczą z dnia 16 sierpnia 2016 r. zawartą pomiędzy Skanska S.A. a Ogrody Zofii Sp. z o.o.* (powołał się na pkt 39 załącznika nr 1 do umowy).

Następnie (w ramach drugiej wypowiedzi), drugi pełnomocników Konsorcjum oświadczył, że zmienia oświadczenie złożone wcześniej na rozprawie przez pierwszego pełnomocnika. Oświadczył, że Formart Pracownia Architektury s.c. została wpisana jako podwykonawca, na którego zasoby Konsorcjum nie będzie się powoływać. POL DRÓG Warszawa Sp. z o.o. została wskazana jako podwykonawca, na którego zasoby Konsorcjum się powołuje, tak samo jak DEMATERIA D.A. – W. (także jako podwykonawca na którego zasoby Konsorcjum się powołuje. Odpowiadając na pytanie w sekcji C („tak”) miał na myśli zarówno POL DRÓG

21

Warszawa Sp. z o.o. jak i DEMATERIA D.A. – W.. Udzielając odpowiedzi na pytanie w sekcji D („nie”) oświadczył, iż Konsorcjum nie miało zamiaru zlecać żadnych prac podwykonawcom. Wynika to z tego, iż możliwość zgłoszenia podwykonawcy istnieje zawsze na etapie realizacji zamówienia. Jednocześnie oświadczył, że złożone wcześniej oświadczenie stanowiło omyłkę pierwszego pełnomocnika, albowiem nie miał on wystarczająco dużej wiedzy w tym zakresie (co też pierwszy pełnomocnik potwierdził). W pozostałym zakresie poparł stanowisko Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji Postępowania, dokumentów załączonych przez Odwołującego do odwołania oraz złożonych na rozprawie przez Konsorcjum.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1

ustawy Pzp, do wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem wykonawcy przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, jeżeli ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwoławczy wykazał spełnienie powyższych przesłanek, co nie było też sporne.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba w szczególności ustaliła, co następuje: Zgodnie z pkt 7.1.2 Wykonawcza, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby składa:

☐ jednolite dokumenty, ☐

zobowiązanie tego podmiotu do oddania swego zasobu na potrzeby wykonawcy składającego ofertę. W celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował niezbędnymi

22

zasobami w stopniu umożliwiającym należyte zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający żąda dokumentu, który określa w szczególności:

- a. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- c. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;
- d. czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane, których wskazane zdolności dotyczą.

W pkt 11 formularza ofertowego Konsorcjum oświadczyło, iż zrealizuje przy udziale podwykonawcy: Formart Pracownia Architektury s.c. część zamówienia polegającą na pracach projektowych.

W treści jednolitego dokumentu w sekcji C Części II: Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów na pytanie:

„Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” Członkowie Konsorcjum zaznaczyli odpowiedź: **Tak**. Natomiast w odpowiedzi na pytanie zawarte w sekcji D Części II: Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega na pytanie:

„Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” Członkowie Konsorcjum zaznaczyli odpowiedź: **Nie**.

Pismem z dnia 1 września 2017 r. Zamawiający wezwał Konsorcjum, na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia – aktualnych na dzień złożenia – oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym pismem (z dnia 1 września 2017 r.) Zamawiający wezwał Konsorcjum, na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, do wyjaśnienia/uzupełnienia jednolitych dokumentów złożonych przez Konsorcjum między innymi w zakresie polegania na zdolności innych podmiotów:

„Podmioty gospodarcze wskazały, że będą polegały na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, jednakże do oferty nie dołączone zostało zobowiązanie oraz JEDZ dla podmiotu trzeciego.

23

Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby składa:

☐ jednolite dokumenty, oraz

☐ zobowiązanie tego podmiotu do oddania swego zasobu na potrzeby wykonawcy składającego ofertę.

Zgodnie z pkt 7.6.1. SIWZ w/w dokumenty winny być złożone w formie oryginału.

Jeżeli Wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia warunku udziału – Zamawiający wzywa na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia w oryginale zobowiązania podmiotu trzeciego oraz JEDZ dot. tego podmiotu.”

Jeśli w/w punkt jest omyłką pisarską i Wykonawca nie polega na zdolnościach podmiotów trzecich – Zamawiający wzywa do złożenia JEDZ wszystkie podmioty gospodarcze (członków konsorcjum), zgodnie ze stanem faktycznym.

Ponadto – jeśli Wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia warunku udziału – Zamawiający zgodnie z pkt 7.3.7 TOMU I SIWZ – Poleganie na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy oraz na podstawie § 9 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 r. w sprawie dokumentów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a – przedstawienia dokumentów wymienionych w pkt 7.3.2.1 – 7.3.2.9 SIWZ (...).

Odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 września 2017 r. Konsorcjum udzieliło pismem z dnia 12 września 2017 r. stwierdzając w nim między innymi:

„informujemy, że będziemy polegać na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, tj. POL DRÓG Warszawa Sp. z o.o. w zakresie jednej z wymaganych robót budowlanych oraz DEMATERIA

D.A.-W. w zakresie wymaganych usług. W związku z powyższym załączamy oświadczenia JEDZ, zobowiązania, wymagane oświadczenia dla tych podmiotów oraz wymagane dokumenty ZUS, US, KRK, KRS/ceidg. Wyjaśniamy także, że nie zamierzamy zlecić osobom trzecim (innym, niż podwykonawcy, na zdolności których polegamy) jakiegokolwiek części zamówienia. Branże, jakie wykonamy przy udziale podwykonawców związane są z robotami budowlanymi oraz z usługami, na których polegamy, tj. wykonanie prac projektowych – DEMATERIA D.A.-W. oraz montaż/budowa obiektów małej architektury, budowa/przebudowa utwardzonych chodników/alejek, budowa/rozbudowa/przebudowa oświetlenia na słupach – POL DRÓG Warszawa Sp. z o.o.

24

Konsorcjum przekazało m. in. zobowiązanie POL DRÓG Warszawa Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia dotyczące wykonania roboty budowlanej pn. „Rewitalizacja Dolnego Wrzeszcza w Gdańsku” zawierające oświadczenie o uczestniczeniu w realizacji Zamówienia jako podwykonawca („związany z Wykonawcą umową cywilnoprawną”) oraz jednolity dokument.

Konsorcjum oświadczyło, że w wykazie wykonanych robót budowlanych przekazany za pismem z dnia 12 września 2017 r., pozycje 1,2,3 oraz 4 wykazu stanowią doświadczenie Konsorcjum, natomiast pozycja 5 (Rewitalizacja Dolnego Wrzeszcza w Gdańsku na rzecz Zarządu Dróg i Zieleni w Gdańsku) stanowi doświadczenie innego podmiotu, którego zasoby zostaną oddane do dyspozycji Konsorcjum.

Ponadto, zgodnie z oświadczeniem Konsorcjum, obydwie pozycje zawarte w wykazie wykonanych usług (1. Opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej rewaloryzacji Zabytkowego Parku w Starym Gostkowie - usługa wykonana na rzecz Gminy Wartkowice oraz 2. wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla zadania pn. Kształtowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Leśmierz poprzez zagospodarowanie terenu parku wraz z budową miejsc rekreacji - usługa wykonana na rzecz Gminy Ozorków) stanowią doświadczenie innych podmiotów, których zasoby zostaną oddane Konsorcjum do dyspozycji.

Konsorcjum przekazało m. in. zobowiązanie DEMATERIA D.A.-W. do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (dotyczące wykonania następujących usług: 1. wykonanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej dla zadania pn. „Kształtowanie przestrzeni publicznej w miejscowości Leśmierz poprzez zagospodarowanie terenu parku wraz z budową miejsc rekreacji” oraz 2. opracowanie dokumentacji projektowo – kosztorysowej rewaloryzacji Zabytkowego Parku w Starym Gostkowie), zawierające oświadczenie o uczestniczeniu w realizacji Zamówienia (w zakresie dokumentacji projektowej wraz z nadzorem autorskim) jako podwykonawca („związany z Wykonawcą umową cywilnoprawną”) oraz jednolity dokument.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zawarty w pkt 6.3.3.1a tiret trzeci SIWZ został przez Zamawiającego określony w następujący sposób:

„a) wykonał należycie oraz zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończył

nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej: - jedną robotę budowlaną o wartości nie mniejszej niż 300 000,00 PLN brutto bądź dwie roboty na kwotę

25

minimum po 150 000,00 PLN brutto każda, polegającą/ce na budowie lub rozbudowie lub przebudowie fontann lub sztucznych zbiorników wodnych z wyłączeniem tych z naturalnym dnem.”

W powyższym zakresie Konsorcjum wskazało następującą robotę budowlaną:

Lp.	Nazwa i adres	Rodzaj wykonanych/zakończonych robót	Wartość robót	Data wykonania
		odbiorcy robót budowlanych, miejsce budowlanych robót	wykonania oraz opis wykonanych brutto (PLN) (zakończenia)	
			robót, w tym (dzień miesiąc – potwierdzający spełnienie warunku opisanego w pkt	rok)

6.3.3.1. lit. a SIWZ

2. Zakład Robót Przebudowa i budowa terenów o Roboty z pozycji 1 30.11.2013

powierzchni ok. 11 600 m2 w zakresie Specjalistycznych – 4 – łączna

ul. Sp. z o.o., modernizacji 4 skwerów położonych – wartość

– na terenie miasta, przy drodze Korfantego 17, 43 2 948 969,28 PLN

200 Pszczyna krajowej nr 71 i drodze powiatowej nr Roboty z pozycji nr

710. Inwestycja obejmowała: 5 – 983 419,44

1. roboty drogowe i PLN.

nawierzchniowe,

2. małą architekturę, zieleni oraz

urządzenia zabawnicze

3. roboty elektryczne

4. roboty wod – kan

5. roboty konstrukcyjne (budowa

fontann)

Pismem z dnia 10 października 2017 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Konsorcjum między innymi do wyjaśnienia jaka była wartość budowy fontanny.

Odpowiedzi na powyższe Konsorcjum udzieliło pismem z dnia 13 października 2017 r. oświadczając, iż „wartość budowy fontanny wynosiła 838 997,76 zł brutto”.

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zawarty w pkt 6.3.3.1b tiret drugi SIWZ został przez Zamawiającego określony w następujący sposób:

„b) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: - wykonał należycie lub należycie

26

wykonuje jedną usługę o wartości minimum 400 000,00 PLN brutto bądź dwie usługi o wartości minimum 200 000,00 PLN brutto każda, polegającą/ce na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew w parkach, zieleńcach lub innych terenach zieleni zorganizowanej o łącznej powierzchni terenu objętego pielęgnacją zieleni min. 2 ha.”

W powyższym zakresie Konsorcjum wskazało następującą usługę:

Lp.	Nazwa i adres odbiorcy	Rodzaj wykonanych/zakończonych robót	Wartość robót	Data wykonania
		robót budowlanych, miejsce budowlanych robót	brutto (PLN) wykonania oraz opis wykonanych (zakończenia)	
			robót, w tym (dzień miesiąc – potwierdzający spełnienie warunku opisanego w	rok)

pkt 6.3.3.1. lit. a SIWZ

1. Skanska S.A., ul. Gen. Prace polegające na nasadzeniu, 649 341,69 PLN 23.12.2016 r.

J. Zajęczka 9, 01-518 wycince wraz z frezowaniem,

Warszawa drzew oraz nasadzeniach

krzewów nasadzeniach

na powierzchni wykonywanie
32 300 m² wraz z wykonywaniem
prac pielęgnacyjnych, tj. koszenie trawy, podlewanie i nawożenie
drzew i krzewów oraz trawników, ochrona za środków pomocą
ochrony roślin, cięcie pielęgnacyjne

Ponadto, pismem z dnia 1 września 2017 r. Zamawiający dokonał poprawy między innymi następującej oczywistej omyłki rachunkowej:

„Formularz cenowy (Tabela elementów scalonych) – Zadanie 2 – PRAWO OPCJI

W pozycji 6.2 kolumna 4 – zamiast 156 460,40 zł winno być 168 204,82 zł

Cena, która ocenia Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz którą następnie stosuje w Wykonawca w rozliczeniach z Zamawiającym to cena brutto.

Wobec faktu, iż stosowana do rozliczeń z Zamawiającym jest cena brutto – Zamawiający przyjął, iż Wykonawca ustalił najpierw cenę brutto za wykonanie przedmiotu zamówienia

i podał ją w tabeli elementów scalonych. Zamawiający przyjął, iż następnie – zgodnie z art.

106e pkt 9 ustawy o podatku od towarów i usług z dnia 11.03.2004 r. (t.j. Dz. U. z 2017 r.

poz. 1221) Wykonawca obliczył podatek VAT w oparciu o wzór określony w ww ustawie,

zgodnie z art. 106e pkt 7, a następnie od ceny brutto odjął wartość podatku VAT uzyskując wartość netto.

27

Wobec powyższego Zamawiający poprawił poz. 6.2. kolumna 4 – zamiast 156 460,40 zł winno być 168 204,82 zł (różnica między wartościami 206 891,93 – 38 687,11).

Dodatkowo należy zaznaczyć, że z podsumowania całej kolumny 4 oraz całej tabeli

elementów scalonych dla Zadania 2 również wynika, że w pozycji 6.2 winna być wartość 168.204,82 zł. Poprawienie wartości w ww sposób nie prowadzi do zmiany wartości ceny oferty.

Tym samym uzasadnione jest poprawienie oczywistej omyłki – ceny netto w poz. 6.2.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Zarzuty odnoszące się do powołania się przez Konsorcjum na zasoby podmiotów trzecich oraz wskazania podwykonawców:

Dokonując oceny tych zarzutów, jak i czynności Zamawiającego, do których te zarzuty się odnoszą, niewątpliwie należy uwzględnić stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej także jako „Trybunał”) wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C – 387/14 (tzw. wyrok w sprawie Esaprojekt). Wykładni obecnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp z uwzględnieniem ww. stanowiska Trybunału należy jednak dokonywać mając na uwadze dokonaną w tym zakresie zmianę stanu prawnego w związku z wejściem w życie nowych dyrektyw europejskich w sprawie zamówień publicznych oraz przepisów nowelizacji ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. wdrażających te dyrektywy do porządku krajowego.

W wyroku w sprawie Esaprojekt Trybunał stwierdził, iż „art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.”

W stanie faktycznym ww. sprawy wykonawca, który pierwotnie w zakresie postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia powoływał się na zasoby własne, a dopiero po przeprowadzeniu przez zamawiającego procedury wyjaśniającej na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp (nakazanej wyrokiem Izby), a następnie procedury uzupełniania dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,

28

przedstawił nowy wykaz dostaw, w którym powołał się na zasoby podmiotu trzeciego oraz

przedstawił zobowiązanie tego podmiotu do oddania zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia. Powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego nastąpiło zatem po dokonaniu przez zamawiającego negatywnej oceny podmiotowej w odniesieniu do kwestii spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy pierwotnie, tj. na etapie składania ofert, wykonawca ten powoływał się w tym zakresie wyłącznie na własne zasoby. Takie późniejsze powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego zostało uznane przez Trybunał za niedopuszczalne.

Uzupełniając należy dodać, iż na gruncie poprzednio obowiązującego stanu prawnego (tj. w okresie obowiązywania przepisów ustawy Pzp stanowiących implementację do porządku krajowego przepisów dyrektywy 2004/18) wykonawcy wraz z ofertą obowiązani byli złożyć wszystkie dokumenty, tak na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw wykluczenia, jak i spełnienia warunków dotyczących oferowanego przedmiotu zamówienia. Zamawiający obowiązani byli dokonać pełnej oceny – zarówno podmiotowej, jak i przedmiotowej wszystkich złożonych ofert. Natomiast na gruncie obecnie obowiązujących przepisów zamawiający co do zasady (z pewnymi odrębnościami w odniesieniu do procedury zwykłej oraz procedury odwróconej) w pierwszej kolejności dokonuje badania wstępnego oświadczenia, które w przypadku postępowań o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp składane jest w formie jednolitego dokumentu. Dokumenty i oświadczenia potwierdzające okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, żądane są wyłącznie od wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Zasada ta ma również zastosowanie w przypadku procedury odwróconej. Jak to zostało wyjaśnione w opinii prawnej Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Na czym w praktyce polega tzw. „procedura odwrócona” uregulowana w art. 24aa ustawy Pzp? [www.uzp.gov.pl]: *Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający (...) W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonuje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp.*

Jak wynika natomiast z innej opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp? [www.uzp.gov.pl]: *Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny*

29

dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego

w pierwszej

kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE – w ramach „zwykłego” oświadczenia wykonawcy. Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument.”

Należy również wskazać, iż zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca **nie złożył** oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z powyższego wynika, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp znajduje zastosowanie zarówno na etapie dokonywania oceny wstępnego oświadczenia, w tym oświadczenia złożonego w formie jednolitego dokumentu, a następnie także na kolejnym etapie – tj. w odniesieniu do dokumentów złożonych przez wykonawcę (na podstawie art. 26 ust. 1 lub ust. 2 ustawy Pzp), którego oferta została najwyżej oceniona.

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do przywoływanego powyżej wyroku Trybunału w sprawie Esaprojekt: „Trybunał przesądził zatem, że w sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę dla potwierdzenia spełnienia konkretnego warunku udziału opiera się jedynie na własnych zdolnościach, a okaże się, że przedłożone przez niego oświadczenia dokumenty i nie potwierdzają spełnienia tego warunku, nie może w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego przedstawić dokumentów podmiotów trzecich i dopiero na tym etapie powołać się na ich zdolności w celu wykazania spełnienia warunku. (...) dyrektywa 2014/24/UE nadal nie przewiduje możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania

30

dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału przez wykonawcę, który w momencie składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach. W tym właśnie zakresie zastosowanie znajdzie zakaz sformułowany przez Trybunał w omawianym wyroku w sprawie Esaprojekt.” (np. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1581/17).

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, do których odnoszą się zarzuty postawione przez Odwołującego, nie doszło do naruszenia zakazu sformułowanego przez Trybunał w wyroku w sprawie Esaprojekt. Zauważyć należy, iż Konsorcjum w treści jednolitego dokumentu wskazało na powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Jednocześnie Konsorcjum przekazało w tym zakresie niepełne informacje oraz nie załączyło dokumentów wymaganych na tym etapie w odniesieniu do podmiotów trzecich (zobowiązanie oraz co uzasadniało procedury jednolity dokument), zastosowanie uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dopiero zatem w wyniku udzielenia odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego nastąpiło określenie zakresu polegania na zasobach podmiotów trzecich. Co niezwykle istotne, określenie zakresu polegania na zasobach podmiotów trzecich nastąpiło przed dokonaniem przez Zamawiającego oceny dokumentów i oświadczeń złożonych przez Konsorcjum na potwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu. Nie doszło zatem w ocenie Izby do dokonania niedozwolonej zmiany w zakresie powoływania się na zasoby podmiotów trzecich, a jedynie do uzupełnienia przez Konsorcjum oświadczenia zawartego w tym zakresie w jednolitym dokumencie.

Jednocześnie Izba uważa, iż zakresu powoływania się na zasoby podmiotów trzecich nie można było wnioskować na podstawie informacji zawartych przez Konsorcjum w pkt 11 formularza oferty, odnoszącego się do żądania Zamawiającego sformułowanego w związku z treścią art. 36b ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie skład orzekający podziela stanowisko wyrażane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż wymóg wskazania podwykonawców w związku z treścią art. 36b ust. 1 ustawy Pzp nie ma charakteru bezwzględnie obowiązującego, a zaniechanie podania wyczerpujących informacji w tym zakresie nie może skutkować wyciągnięciem wobec wykonawców negatywnych konsekwencji w postaci odrzucenia oferty. Wynika to przede wszystkim z tego, iż przepisy art. 36b, a także 36ba ustawy Pzp odnoszą się do etapu realizacji umowy (a nie etapu oceny oraz wyboru oferty najkorzystniejszej). Wykonawcy nie muszą znać pełnej listy podwykonawców na etapie składania oferty, a ich wskazanie może nastąpić także na etapie realizacji umowy. Informacje dotyczące podwykonawców nie stanowią zatem treści oferty sensu stricto. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie

31

informacyjny (przykładowo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1528/17 i powołane tam dotychczasowe orzecznictwo Izby). Wymaga podkreślenia, iż jak to zostało wskazane w przywołanych powyżej postanowieniach SIWZ, informacje dotyczące powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego miały wnikać

z treści jednolitego dokumentu wykonawcy oraz załączonego do niego oświadczenia zawierającego zobowiązanie podmiotu trzeciego i jednolitego dokumentu dotyczącego tego podmiotu, a nie z treści pkt 11 formularza oferty, przewidzianego w celu wypełnienia innych przepisów ustawy Pzp.

Ponadto Izba wskazuje, iż rozpoznając przedmiotowe zarzuty oparła się – mając na uwadze obowiązującą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zasadę pisemności – na oświadczeniach, jakie w tym zakresie składane były przez Konsorcjum w formie pisemnej w toku postępowania, a pominęła sprzeczne ze sobą oświadczenia ustne składane w toku rozprawy. W szczególności nie zasługiwało na uwzględnienie oświadczenie złożone na rozprawie przez pierwszego pełnomocnika, sprostowane następnie przez drugiego pełnomocnika. Treść tego oświadczenia tak dalece odbiegała od treści złożonych w postępowaniu oświadczeń i dokumentów, iż – przy uwzględnieniu również sposobu argumentowania odnoszącego się raczej do innych ustaw, niż ustawy Pzp – w ocenie Izby mogła ona potwierdzać co najwyżej brak wiedzy pełnomocnika odnośnie okoliczności związanych ze złożeniem oferty przez Konsorcjum, jak i mających w tym zakresie zastosowanie regulacji przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, iż zarzuty odnoszące się do powołania się przez Konsorcjum na zasoby podmiotów trzecich oraz dotyczące wskazania podwykonawców nie potwierdziły się. W ocenie Izby, w ramach postawionych w odwołaniu zarzutów: nie doszło do niezgodnej z przepisami ustawy Pzp istotnej zmiany treści oferty, jak również nie stwierdziła Izba ziszczenia się przesłanki odrzucenia oferty. W konsekwencji powyższego, nie doszło również do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 84 ust. 1 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty odnoszące się do warunków udziału w Postępowaniu:

Warunek określony w pkt 6.3.3.1a tiret trzeci SIWZ:

W odniesieniu do tego zarzutu Izba stwierdziła, że wątpliwości dotyczące wartości budowy fontanny zostały wyjaśnione w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 10 października 2017 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał Konsorcjum między innymi do wyjaśnienia jaka była wartość budowy

32

fontanny. Odpowiedzi na powyższe Konsorcjum udzieliło pismem z dnia 13 października 2017 r. oświadczając, iż „wartość budowy fontanny wynosiła 838 997,76 zł brutto”.

Okoliczność ta została dodatkowo potwierdzona przez Konsorcjum w trakcie rozprawy poprzez złożenie w postaci dowodu dokumentu pn. *Tabela elementów scalonych. Zgłoszenie płatności przejściowej nr 4 za okres: 16.07.2013 r. +*

04.10.2013 r. Dowód ten Odwołujący

kwestionował w ten sposób, iż w jego ocenie nie wynikał z niego zakres prac dotyczący budowy fontann faktycznie wykonanych przez Członka Konsorcjum – Przedsiębiorstwo Budowlano Handlowe „ELSAT” M.P., który w ramach realizacji tego zadania występował w charakterze podwykonawcy. Jednakże trzeba wskazać, że okoliczność ta wynikała z podstawowego dokumentu, jaki został w tym zakresie przedstawiony w trakcie postępowania, tj. z treści złożonych referencji.

W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła również wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Konsorcjum.

Warunek określony w pkt 6.3.3.1b tiret drugi SIWZ:

Odnosząc się do tego zarzutu na wstępie należy podkreślić, iż jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów odwołania; zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. O ile braki w określeniu podstawy prawnej co do zasady mogą nie być istotne dla postępowania odwoławczego – podstawę prawną można wywieść z prawidłowo sformułowanej podstawy faktycznej zwykle w sposób niebudzący wątpliwości – to podstawa faktyczna określona w odwołaniu nie może zostać rozszerzona ani uzupełniona na późniejszym etapie (co nie stoi na przeszkodzie przedstawieniu na rozprawie dowodów na poparcie okoliczności przywołanych w odwołaniu.)

Warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zawarty w pkt 6.3.3.1b tiret drugi SIWZ został przez Zamawiającego określony w następujący

sposób:

„b) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: - wykonał należycie lub należycie wykonuje jedną usługę o wartości minimum 400 000,00 PLN brutto bądź dwie usługi o wartości minimum 200 000,00 PLN brutto każda, polegającą/ce na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew w parkach, zieleńcach lub innych terenach zieleni zorganizowanej o łącznej powierzchni terenu objętego pielęgnacją zieleni min. 2 ha.”

33

W ocenie Izby istnieje kilka sposobów interpretacji przedmiotowego warunku – w szczególności takie, iż należało wykazać się wykonaniem lub wykonywaniem usługi lub usług o wskazanej wartości:

(1) polegających na pielęgnacji zieleni, w tym na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew, z tym że zarówno czynności wycinki, jak i nasadzenia nie dotyczyły wyłącznie drzew,

a usługa lub usługi miały być wykonane lub być wykonywane na terenie min. 2ha

[interpretacja prezentowana przez Zamawiającego];

(2) wyłącznie polegających na wycince drzew, nasadzeniach drzew [a w drugiej wersji nasadzeniach drzew i krzewów] oraz pielęgnacji drzew, z tym że łączna wartość tych prac miała wynosić kwotę wskazaną w treści warunku przez Zamawiającego, a wszystkie te prace miały być wykonane na terenie wynoszącym min. 2ha, z tym że odnośnie wymogu dotyczącego wartości wszystkie prace miały wyłącznie odnosić się do drzew [dwie wersje interpretacji warunku prezentowane przez Odwołującego];

(3) wyłącznie polegających na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew, z tym że wyłącznie prace dotyczące pielęgnacji miały odnosić się do drzew, wartość wszystkich tych prac miała wynosić kwotę wskazaną przez Zamawiającego w treści warunku, a prace te łącznie miały zostać wykonane lub być wykonywane na terenie min. 2ha.

Trzeba przy tym zauważyć, iż sam Odwołujący nie prezentował jednolitej wykładni przedmiotowego warunku, albowiem w jednym miejscu wskazywał, iż wszystkie czynności, tj. zarówno wycinka, nasadzenia, jak i pielęgnacja miały dotyczyć drzew (w odniesieniu do kwestii wartości usługi lub usług), a w innym, iż prace polegające na nasadzeniach mogły dotyczyć zarówno drzew, jak i krzewów (w odniesieniu do kwestii wymaganego obszaru). Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności, nieścisłości treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy. Jak wskazała Izba w wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r. (sygn. akt KIO 660/15) „obowiązuje swoista „święta” zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców.” W wyroku z 7 października 2013 r. (sygn. akt KIO 2260/13) Izba stwierdziła, że „wszelkie niejasności w treści dokumentacji sporządzonej przez zamawiającego należy tłumaczyć na korzyść wykonawców, zaś ewentualne błędy popełnione w toku postępowania przez zamawiającego nie mogą wpływać negatywnie na sytuację wykonawców, biorących udział w postępowaniu.” Podobne stanowisko zajmowane jest w orzecznictwie sądowym. Przykładowo, jak stwierdził Sąd Okręgowy w Nowym Sączu w wyroku z dnia 18 marca 2015 r. (sygn. akt III Ca 70/15): „Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego

34

formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...).”.

Ponadto, w myśl art. 190 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym - strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 Kodeksu Cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania.

Powyższe dotyczy w szczególności twierdzeń Odwołującego prezentowanych na rozprawie

w związku z przedstawionym przez Konsorcjum dowodem w postaci umowy podwykonawczej z dnia 16 sierpnia 2016 r. wraz z załącznikami. W odniesieniu do załącznika do tej umowy, tj. przedmiaru robót Odwołujący stwierdził, że dla oceny spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt 6.3.3.1b tiret drugi SIWZ należy wziąć pod uwagę wyłącznie drugi wiersz w dziale 5.1 humusowanie i obsianie trawą tj. humusowanie terenów przeznaczonych pod rabaty obsadzone krzewami, gdyż w treści warunku wyraźnie wskazano, że chodzi o prace polegające na wycince, nasadzeniach i pielęgnacji drzew w parkach. Humusowanie terenów przeznaczonych pod rabaty obsadzone krzewami wchodzi w skład nasadzeń tj. należy je zaliczyć do oceny przedmiotowego warunku, natomiast prace polegające na humusowaniu z plantowaniem i obsianiem skarp nie mogą być uwzględnione, gdyż w treści warunku nie ma mowy o trawnikach. Powyższa kwestia nie została jednak w żaden sposób przez Odwołującego udowodniona. Należy przy tym wskazać, iż zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN termin „nasadzenie” odnosi się do roślin, krzewów lub drzew posadzonych w dużej liczbie na jakimś terenie, a termin „nasadzić — nasadzać” oznacza między innymi umieścić sadzonki roślin, krzewów lub drzew w ziemi. Do roślin zalicza się niewątpliwie również trawy. W ocenie Izby jest możliwe, iż W.ka wykładnia terminu „nasadzenie” wynika ze sposobu posługiwania się tym pojęciem w ramach języka naukowego lub branżowego, jednakże stanowi to wyłącznie domysł składu orzekającego Izby, a kwestia ta w żaden sposób nie została przez Odwołującego wykazana. Ponadto, w ocenie Izby na gruncie przedmiotowego warunku nie można za przekonującą uznać wykładnię, iż wszystkie czynności wskazane w pkt 6.3.3.1b tiret drugi SIWZ miały odnosić się do drzew, co między innymi nie wynika wprost z treści tego warunku, a ponadto byłoby nie do pogodzenia z zachowaniem zasady proporcjonalności (w nawiązaniu

35

do przedmiotu danego zamówienia) przy sposobie formułowania warunku udziału w postępowaniu.

Należy przy tym stwierdzić, iż Izba może uwzględnić odwołanie i np. nakazać zamawiającemu wezwanie innego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, w przypadku gdy odwołujący dowiedzie, że istnieją wątpliwości co do faktu spełniania przez tego innego wykonawcę określonego warunku udziału w postępowaniu, a nie w przypadku zaistnienia na tle twierdzeń odwołania wątpliwości co do tego, czy zarzuty stawiane w odwołaniu są uzasadnione.

W treści odwołania Odwołujący wskazał również, iż „Dodatkowo wątpliwości budzą Referencje udzielane partnerowi Konsorcjum – spółce Ogrody Zofii sp. z o.o. Referencje te zostały wystawione przez Pana M.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Szkółki S.. Z uwagi na fakt, że Pan Marcin S. pełni w spółce Ogrody Zofii sp. z o.o. funkcję Prezesa zarządu, de facto poleca współpracę sam ze sobą, co czyni wiarygodność wystawionych referencji wątpliwą.” Nie jest jednak wiadome, czy powyższe twierdzenie stanowiło wyrażenie przez Odwołującego pewnych wątpliwości, czy też stanowiło samodzielny zarzut, albowiem Odwołujący kwestii tej w żaden sposób nie rozwinął, w szczególności nie wskazał w tym zakresie naruszenia przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego, jak i co w związku z ww. okolicznościami Zamawiający winien uczynić czy też jakie czynności powinna nakazać Zamawiającemu Izba w tym zakresie. Ponadto, w ustawie Pzp brak jest regulacji nakazujących nieuwzględnianie referencji wystawianych w takich okolicznościach, jak to miało miejsce w odniesieniu do referencji wystawionych Ogrody Zofii sp. z o.o. Odwołujący nie przedstawił przy tym dowodów, z których wynikałoby, iż prace referencyjne w rzeczywistości nie zostały wykonane lub zostały wykonane wadliwie. Mając zatem na uwadze powyższe, a w szczególności okoliczność kilku możliwych wykładni przedmiotowego warunku, zasadę rozstrzygania wątpliwości na korzyść wykonawcy, a także nie sprostanie przez Odwołującego obowiązкови udowodnienia stawianego zarzutu, Izba uznała, iż zarzut ten nie może zostać uwzględniony.

W konsekwencji powyższego Izba nie stwierdziła również wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Konsorcjum.

Zarzuty odnoszące się do poprawienia omyłki rachunkowej:

Oprócz przedstawionej przez Zamawiającego argumentacji dotyczącej sposobu rozumienia pojęcia ceny oraz sposobu jej ustalenia w związku z przywołanymi przepisami ustawy o podatku od towarów i usług, Izba rozpoznając ten zarzut wzięła przede wszystkim pod

zawartych w formularzu cenowym. Przy uwzględnieniu dokonanej poprawki, zgadzały się sumowania danych liczbowych w pozostałych kolumnach, wyniki końcowe dokonanych operacji matematycznych, w tym łączne kwoty przeniesione do formularza ofertowego. Dokonując poprawienia omyłki w inny sposób, pozostałe wyniki operacji matematycznych okazałyby się niepoprawne. Mając zatem na uwadze powyższe, Izba stwierdziła, iż nie ma żadnych wątpliwości co do tego, iż w treści formularza cenowego doszło do popełnienia przez Konsorcjum omyłki rachunkowej, sposób jej poprawienia jest tylko jeden, a przy tym jest on oczywisty. W związku z tym Izba uznała, iż Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał poprawienia oczywistej omyłki rachunkowej w pozycji 6.2 kolumnie czwartej formularza cenowego, a w konsekwencji podniesiony w tym zakresie zarzut odwołania nie zasługiwał na uwzględnienie. Nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów: art. 87 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238, ze zm.), stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: