

WYROK
z dnia 12 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 6 i 11 lipca 2017 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017r. przez **wykonawcę S. P. „A” z siedzibą we W., (...)** postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej z siedzibą we W., (...)**

przy udziale **wykonawcy J. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „A. J. B.” z siedzibą we W., (...)** zgłaszającą swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 1244/17 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i wykluczenie wykonawcy J. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „A. J. B.” z siedzibą we W., (...) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z uwagi na niewykazanie realności udostępnienia potencjału zawodowego w postaci doświadczenia udostępnionego przez R. S. i odrzucenia tej oferty na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy, gdyż pierwotne zobowiązanie do udostępnienia zasobów nie przewidywało podwykonawstwa, nie przewidywał go także sam wykonawca, ani w formularzu oferty, ani w JEDZ, zaś uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest jednoznaczne i zawiera rozbieżność pomiędzy sposobem udostępnienia zasobu, a zakresem i okresem tego udostępnienia, oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 87 ust. 1 ustawy, gdyż wykonawca zmienił swoje oświadczenie o samodzielnym wykonaniu zamówienia na oświadczenie o wykonaniu zamówienia z udziałem podwykonawców, czego nie przewidują przepisy ustawy i co stanowi istotną zmianę sposobu realizacji zamówienia,

1

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej z siedzibą we W., (...) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę S. P. „A” z siedzibą we W., (...)** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Wrocław – Zarząd Zieleni Miejskiej z siedzibą we W., (...)** na rzecz **wykonawcy Spółdzielni Pracy „A” z siedzibą we W., (...)**1 kwotę 19 570 zł. 00 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy pięćset siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania poniesione z tytułu wpisu, zastępstwa prawnego oraz dojazdów.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm. z 2016r. poz. 831, 996, 1020, 1250, 1265, 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksową konserwację parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 1 lutego

2017r. za numerem 2017/S 022-037465.

W dniu 7 czerwca 2017r. zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w zadaniu nr 10 oferty wykonawcy J. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „A. J. B.” z siedzibą we W., (...).

W dniu 19 czerwca 2017r. (17 czerwca 2017r. sobota) wykonawca Spółdzielnia Pracy „A.” z siedzibą we W. wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa i zastępcę prezesa zarządu, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 19 czerwca 2017r.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu, w zakresie Zadania 10 polegające na:

1. Wyborze oferty wykonawcy - J. B. prowadzącej działalność pod nazwą A. J. B. z siedzibą (...), W. (NIP 8942565166) - (dalej zwanej wykonawca - A. J. B.) jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu;
2. Zaniechaniu wykluczenia wykonawcy -A. J. B. z postępowanie, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do wykonania zamówienia - pomimo, iż załączone do oferty zobowiązania do udostępnienia zasobów nie wskazywały na realne udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego wykonawcy.

3. Zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy -A. J. B. z uwagi zmianę jej treści na skutek zmiany oświadczenia w sprawie powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom,

Zarzucał zamawiającemu, iż podejmując ww. czynności, naruszył w szczególności następujące przepisy ustawy:

1. Art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia,
2. Art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 tej ustawy przez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - A. J. B. z uwagi zmianę jej treści na skutek zmiany oświadczenia w sprawie powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom.

Wniósł o:

3

1. Uwzględnienie odwołania.

2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

3. Nakazanie zamawiającemu wykluczenia wykonawcy A. J. B. z postępowanie, odrzucenie oferty tego wykonawcy.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia.

Na skutek niezgodnych z prawem czynności zamawiającego, prowadzących w konsekwencji do wyboru oferty złożonej przez wykonawcę A. J. B. jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu, odwołujący został pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego. Konsekwencją powyższego jest pozbawienie odwołującego zysku związanego z realizacją przedmiotowego zamówienia publicznego, co stanowi niewątpliwie szkodą.

Odwołujący podał, że w dniu 7 czerwca 2017 roku zamawiający przekazał odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Jako najkorzystniejsza wybrana została oferta złożona przez wykonawcę A. J. B.. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Mając na względzie treść oferty wykonawcy A. J. B. odwołujący uznał, że czynność badania i oceny ofert, a w konsekwencji czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy.

Odnosząc się szczegółowo do postawionego zarzutu odwołujący podniósł, co następuje:

W myśl punktu VI 1.3 siwz, wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia publicznego (dla Zadanie nr 10), zobowiązani byli wykazać zamawiającemu, iż w okresie ostatnich 4 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali co najmniej jedno zadanie polegające na całorocznych (przez okres 12 miesięcy) kompleksowych pracach konserwacyjnych zieleni parkowej odpowiadających przedmiotowi zamówienia odpowiednio do składanej oferty, o

wartości dla okresu ciągłego 12 miesięcy nie mniejszej niż 140 000,00 zł brutto. Jednocześnie zakres rzeczowy wykonanych usług musiał obejmować wykonanie w skali roku prac konserwacyjnych zieleni miejskiej odpowiadających rodzajem przedmiotowi zamówienia odpowiednio do składanej oferty, o powierzchni nie mniejszej niż 19,00 ha powierzchni.

Wykonawca, zgodnie z danymi zawartymi w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, rozpoczął wykonywanie działalności gospodarczej w dniu 17 stycznia 2017 roku, co przy terminie składania ofert 13 marca 2017 roku, oznacza, że wykonawca - A. J. B.

4

posiada wiedzę i doświadczenie liczone w miesiącach i są to dwa miesiące od daty rozpoczęcia działalności gospodarczej.

Potwierdzają to dokumenty złożone przez wykonawcę - A. J. B., gdzie w oświadczeniu złożonym na dokumencie JEDZ, część IV, sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa, pkt lb nie wpisano żadnych zrealizowanych usług.

Z załączonego do oferty druku - Wykaz usług - sporządzony na załączniku nr 6 do siwz, wynika, że spełnienie warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia następuje na podstawie „oddania do dyspozycji”.

Z załączonych zobowiązań wynika natomiast, że wiedzę i doświadczenie, wykonawca - A. J. B., pozyskuje od:

1) Z. U. H. B. G., (...). Jednak z treści zobowiązania wykonawcy Z. U. H. B. G. wynika, że oddanie do dyspozycji wskazanego zasobu będzie polegało na:

„... Świadczeniu usług doradczych i konsultingowych oraz nadzoru dla wykonawcy w okresie od 07/2017 do 30.06.2019 r....”

Załączony JEDZ wykonawcy - Z. U. H. B. G. - część IV, sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa, pkt lb nie posiada żadnych wpisanych zrealizowanych usług.

2) K. T. Z. P. U. M. U. L. R. S., (...)

Jednak z treści zobowiązania wykonawcy K. T. Z. P. U. M. U. L. R. S. wynika, że oddanie do dyspozycji wskazanego zasobu będzie polegało na:

„... Świadczeniu usług doradczych i konsultingowych, zabezpieczenie potrzeb sprzętowych oraz nadzoru dla wykonawcy w okresie od 07/2017 do 30.06.2019 r....”

Załączony JEDZ wykonawcy - K. T. Z. P. U. M. U. L. R. S. - część IV, sekcja C: Zdolność techniczna i zawodowa, pkt lb nie posiada żadnych wpisanych zrealizowanych usług.

W powyższym stanie faktycznym (brak samodzielnego spełniania warunku wiedzy i doświadczenia), wykonawca - A. J. B., w treści oferty - na stronie 2 oferty, w ust. 5 pkt 6 - nie wpisuje, że jakkolwiek część przedmiotu zamówienia zostanie zlecona podwykonawcy.

Dnia 4 kwietnia 2017 roku zamawiający wezwał wykonawcę A. J. B. - na podstawie prawnej art. 26 ust. 3 ustawy - do uzupełnienia treści JEDZ o informację dotyczącą m. in.

udostępnienia doświadczenia. Dnia 10 kwietnia 2017 roku wykonawca A. J. B. uzupełnia treść JEDZ, gdzie w zakresie części IV sekcja C Zdolność techniczna i zawodowa, pkt lb nie posiada nadal żadnych wpisanych zrealizowanych usług, jednak w pkt 10 wpisano, że wykonawca zamierza zlecić podwykonawcom: Z. U. H. B. G. - 20% zamówienia oraz K. T. Z. P. U. M. U. L. R. S. -20% zamówienia.

Wykonawca - A. J. B. zmienił zatem oświadczenie w sprawie wykorzystania podwykonawstwa w realizacji zamówienia. Dokonana zmiana stanowi niedopuszczalną

5

zmianę treści oświadczenia woli. W wyroku KIO 1957/16 wskazano, że „Przepis art. 22a ust. 6 ustawy w obecnym brzmieniu zezwala na rezygnację z podwykonawcy, na którego zasoby powołuje się wykonawca w przypadku, gdy podwykonawca ten nie potwierdza spełnienia warunków udziału lub podlega wykluczeniu. To jednak nie sam wykonawca może dokonać takiej zmiany. Ustawa wskazuje zamawiającego jako podmiot który powinien zmiany takiej zażądać. W takim przypadku wykonawca można wymienić takiego podwykonawcę na innego, który warunki spełni albo wykonawca może w przypadku, jeżeli samodzielnie spełnia warunki - samodzielnie wykonać zamówienie. Nie występuje w ustawie przepis, który wprowadzałby mechanizm odwrotny, pozwalający na powierzenie realizacji części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom w sytuacji, gdy w pierwotnej treści oferty w ogóle nie przewidywano powierzenia realizacji żadnej części zamówienia podwykonawcom.”

Dnia 14.04.2017 zamawiający ponownie wezwał wykonawcę A. J. B. - na podstawie prawnej art. 26 ust. 3 ustawy - do uzupełnienia treści JEDZ o przedstawienie wartości wykonanych prac dla okresu 12 miesięcy przedstawnego zamówienia wskazanego na spełnienie warunku udziału. Wykonawca -A. J. wykazała wykonywanie usługi nie za okres 12 miesięcy ale za okres od 1 lipca 2015 do 30.06.2016. Zgodnie z art. 112 kc wykazane powinna być wartość usługi od 1 lipca 2015 do 1 lipca 2016 roku;

Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy:

„... w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane....”

Wszystkie wymienione zobowiązania ograniczają się jedynie do stwierdzenia „...

Świadczeniu usług doradczych i konsultingowych...” lub do nadzoru...”

W świetle wskazanej treści zobowiązań nie sposób zatem w ocenie odwołującego uznać, że przekazanie potencjału będzie miało charakter faktyczny, pozwalający na realne wykorzystanie zasobów podmiotu trzeciego, który jednocześnie gwarantuje bezpośrednie zaangażowanie w realizację odpowiedniej części Brak jest również zamówienia. jakiegokolwiek przywołania w treści zobowiązań okoliczności potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, połączone z określoną formą zaangażowania w wykonanie zamówienia. Powyższe powoduje, że użyczenie zasobów jest pozorne, a 60% przedmiotu zamówienia będzie zrealizowane przez podmiot nie posiadający żadnego doświadczenia. Czynność polegająca na samoistnym złożeniu dokumentu pod nazwą „zobowiązanie”, który w swej treści wskazuje wyłącznie na abstrakcyjne użyczenie potencjału nie jest zdaniem odwołującego wystarczająca dla potwierdzenia dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego.

6

Podkreślił również, iż to wyłącznie na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie, powołującym się na potencjał podmiotu trzeciego, spoczywa ciężar wykazania, że może on faktycznie korzystać z udostępnionych mu zasobów przy realizacji zamówienia, co niejednokrotnie zostało potwierdzone w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (vide: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 2 grudnia 1999 r. w sprawie C-176/98 - Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari).

Odwołujący wskazał, iż złożone przez wykonawcę A. J. B. zobowiązania stanowią wyłącznie ogólne oświadczenia podmiotów trzecich do udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez szeroko rozumiane udostępnienie know - how, co w żaden sposób nie dowodzi, że wykonawca A. J. B. faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia tych podmiotów. Wiedza i doświadczenie wskazanych podmiotów nie stanowi bowiem dobra, które może być przedmiotem samodzielnego obrotu, zatem aby zobowiązanie takie mogło przybrać rzeczywisty i faktyczny charakter konieczne jest bezpośrednie zaangażowanie danych zasobów przy realizacji zamówienia. W przeciwnym wypadku, poleganie na zasobach innych podmiotów stanowiłoby fikcję, która ma na celu jedynie formalne wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dopuszczenie wówczas przez zamawiającego, wskutek błędnego badania i oceny ofert - ogólnego oświadczenia podmiotów trzecich, niezawierającego elementów potwierdzających faktyczne przekazanie tych zasobów, może bowiem doprowadzić do dopuszczenia do udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie posiada kwalifikacji do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Powyższe stanowisko potwierdza ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej, także w stanie prawnym przed nowelizacją z dnia 28 lipca 2016 roku, i w tym zakresie odwołujący wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2013 r. (Sygn. akt KIO 179/13), Wyrok z dnia 20 lipca 2015 r. (Sygn. akt 1439/15).

Powyższe znalazło swoje potwierdzenie także w Orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (vide: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 07 kwietnia 2016 r. w sprawie C-324/14 P. A. D. przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta)

Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 526/16 uznała, że w przypadku udostępnienia potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia nie jest wystarczające wskazanie jako sposób udostępnienia potencjału jako doradztwo techniczne. W ocenie odwołującego doradztwo, konsultacje czy szkolenia nie przenoszą doświadczenia, a jedynie co najwyżej wiedzę

Wykonawca A. J. B., pomimo wezwań zamawiającego, nie wykazał, iż będzie realnie

dysponował zasobami podmiotów trzecich, zgodnie ze złożonymi zobowiązaniami. Zgodnie z warunkiem udziału w postępowaniu to podmiot doświadczony ma wykonywać zamówienie, czyli i ów podmiot trzeci musi je realnie wykonywać.

7

W postępowaniu w ocenie odwołującego takiej gwarancji nie ma. Zwłaszcza, że podmiot używający doświadczenie R. S. prowadzący działalność pod nazwą K. T. Z. P. U. M. U. L. R. S. sam jako wykonawca będzie realizował zadanie w ramach niniejszego postępowania. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy A. J. B. spowodowało w efekcie ograniczenie konkurencji postępowania.

W sprawie KIO 93/15, wskazano, że chociaż udostępnienie swoich zasobów innemu wykonawcy w tym samym postępowaniu nie jest co do zasady zakazane, to „(...) za nienaturalną w warunkach uczciwej konkurencji, należy uznać sytuację, że wykonawcy składają sobie nawzajem oferty na wykonanie części zamówienia. Używają sobie w tym zakresie zasobów (bez których nie mogliby złożyć ofert) i to w sytuacji kiedy wykonawca składający ofertę podwykonawstwa sam składa ofertę. Ustawowa definicja porozumienia ograniczającego konkurencję określanego mianem „zmowy przetargowej” została zawarta w art. 6 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Działanie takie jest sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami i stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, określony w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

W dniu 20 czerwca 2017r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 22 czerwca 2017r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca J. B. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą „A. J. B.” z siedzibą we W. wskazując, że jako wykonawca wybrany posiada uczestnik postępowania ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia w niniejszym postępowaniu odwoławczym na korzyść zamawiającego. Szczegółowe warunki udziału w postępowaniu, określone przez zamawiającego, są i z w ocenie prawidłowe zgodnie przepisami. Zamawiający przystępującego nie naruszył żadnych przepisów, ani innych przepisów prawa, a w szczególności nie naruszył tych spośród nich, które zostały wskazane w zarzutach odwołania.

Przystępujący uczestnik postępowania ma interes prawny w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego, ponieważ ewentualne uwzględnienie zarzutów podniesionych w odwołaniu uniemożliwiłoby przystępującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia

w publicznego.

Przystępujący uczestnik postępowania posiada status wykonawcy postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez zamawiającego. W literaturze przedmiotu i orzecznictwie powszechnie respektowany jest zaś pogląd, zgodnie z którym korzystanie ze środków ochrony prawnej uzasadnia to, że „interes prawny wnoszącego środek odwoławczy lub skargę do sądu doznał uszczerbku (lub mógł doznać uszczerbku) w konkretnym postępowaniu, w którym uczestniczy i polegającego na tym, że traci on możliwość uznania jego oferty za ofertę najkorzystniejszą” (zob. W. Łysakowski, [w:]

8

Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych 2006, wyd. II, s. 385, teza 7). Ewentualne oddalenie odwołania umożliwi zaś uczestnikowi postępowania uzyskanie przedmiotowego zamówienia publicznego w części obejmującej zadanie numer 10, w myśl zresztą wyboru dokonanego, w pełni prawidłowo i zgodnie z przepisami oraz treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „siwz”), przez zamawiającego. Po stronie uczestnika postępowania istnieje więc obiektywna potrzeba uzyskania określonego rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym na korzyść strony, do której przystępuje, tj. zamawiającego.

Wniósł o:

1. oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego;
2. utrzymanie w mocy czynności zamawiającego, polegającej na uznaniu za najkorzystniejszą oferty przystępującego uczestnika postępowania w postępowaniu o znaku sprawy: ZP/PN/5/2017/DZZ, w części obejmującej zadanie numer 10;

3. obciążenie odwołującego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz, przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, uczestnika postępowania poniesionych przez niego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, w wysokości określonej na podstawie rachunków, które zostaną przedłożone do akt sprawy na rozprawie. Odwołanie, jako bezzasadne, podlega oddaleniu w całości, o co konsekwentnie wniósł uczestnik postępowania.

Uczestnik postępowania stanowczo zaprzeczył wszystkim twierdzeniom odwołującego oraz naprowadzanym przez niego ocenom prawnym, poza wyraźnie przyznanymi. uczestnik postępowania podniósł, że z twierdzeniami odwołującego, poza wyraźnie przyznanymi, nie sposób się zgodzić. W szczególności wskazał, że wybór oferty uczestnika postępowania dokonany przez zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o znaku sprawy: ZP/PN/5/2017/DZZ dla zadania numer 10 w był w pełni prawidłowy i zgodny z przepisami i postanowieniami siwz. Podniesione w odwołaniu zarzuty są zaś oczywiście nietrafne i w żadnym wypadku nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Podkreślił, że odwołujący w sposób bezpodstawny i całkowicie nieuprawniony wskazuje, że uczestnik postępowania rzekomo nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia. W tym zakresie odwołujący podniósł, że zobowiązania podmiotów trzecich, tj. B. G., a także R. S. stanowią rzekomo wyłącznie ogólne oświadczenia odnośnie do świadczenia usług doradczych lub konsultingowych oraz nadzoru, co - zdaniem odwołującego - rzekomo w żaden sposób nie dowodzi, że uczestnik postępowania faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia tych podmiotów. Twierdzenia te, którym

9

uczestnik postępowania stanowczo zaprzecza, w żadnym wypadku nie mogą jednak zostać uznane za trafne, albowiem nie polegają na prawdzie.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 : „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych”, przy czym według art. 22aust. 2 : „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”. Przepisy nie precyzują przy tym w jaki sposób i w jakiej formie wykonawca ma udowodnić zamawiającemu dysponowanie zasobami osób trzecich, stosownie do przywołanego art. 22 ust. 1 .

Ze względu na powyższe, w kontekście przedmiotowego postępowania, szczególnie istotne jest jednak, że w aktualnym orzecznictwie KIO podkreśla się, że: „Forma udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, którego specyfika wymaga zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, nie musi być zawężana jedynie do stosunku podwykonawstwa.

Dopuszczalne są także inne formy, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa, za pomocą których może również skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobu, jak i do czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. O spełnieniu tych warunków przesądza treść udzielonego zobowiązania i nie można stawiać odgórnie tezy o tym, że sama forma konsultacji i doradztwa nie pozwala na to, by mogło dojść do realnego przekazania przez jeden podmiot swojej wiedzy i doświadczenia na rzecz drugiego podmiotu (wykonawcy)” (zob. wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2015 r., KIO 1007/15), (zob. wyrok KIO z dnia 18 lutego 2016 r., KIO 154/16).

Z powyższych orzeczeń KIO wynika więc w sposób jednoznaczny, że rzeczywiste udostępnienie zasobów i czynny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia może nastąpić także w postaci konsultacji i doradztwa, a o spełnieniu tych warunków decyduje treść udzielonego zobowiązania podmiotów trzecich, co miało miejsce w przedmiotowym przetargu.

Nie jest również tak, jak chce tego odwołujący, że oświadczenia podmiotów trzecich co do udostępnienia uczestnikowi postępowania swoich zasobów stanowią rzekomo jedynie bliżej nieskonkretyzowane know-how, co również rzekomo ma podważać rzeczywisty charakter wskazanego udostępnienia. Przystępujący podkreślił, że przetransferowanie zasobu w

„materialnego nośnika”. Nie ulega wątpliwości, że nośnikiem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego mogą być właśnie osoby z danego przedsiębiorstwa, które przydzielone do niniejszego zamówienia, będą przekazywać posiadaną wiedzę i doświadczenie w trakcie realizacji poszczególnych zadań i na różnych płaszczyznach wykonywania przedmiotu zamówienia (zob. uzasadnienie przywoływanego wcześniej wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2015 r., KIO 1007/15). Taka też sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie, bowiem w złożonych zobowiązaniach osoby trzecie udostępniające uczestnikowi postępowania swoje zasoby dokładnie określili, o jakie zasoby będzie chodzić, w tym m.in. z usług jakich osób uczestnik będzie w tym zakresie korzystał, ze wskazaniem danych tych osób, ich kwalifikacji, wiedzy i doświadczenia, a także usług, które będą przez nie wykonywane.

Uwadze odwołującego uszło również, że przedłożone przez wyżej wskazywane podmioty trzecie zobowiązania odpowiadają wymogom przewidzianym regulacją i potwierdzają realność udostępnionych zasobów. Podkreślenia w ocenie przystępującego wymaga, iż zobowiązania te zostały złożone według wymaganego przez zamawiającego wzoru, który z kolei sporządzony został stosownie do wymagań normatywnych. Oba zobowiązania zawierają więc wszystkie informacje niezbędne do ustalenia zakresu dostępnych uczestnikowi postępowania zasobów, sposobu ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył uczestnika z podmiotami trzecimi oraz zakresu procentowego i okresu ich udziału przy wykonywaniu zamówienia. Analiza treści przedłożonych zobowiązań wskazuje więc, iż uczestnik postępowania udowodnił, iż przez cały okres realizacji zamówienia będzie w sposób rzeczywisty dysponował udostępnionymi jej zasobami w sposób wymagany przepisami i postanowieniami siwz.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, w trakcie przedmiotowego przetargu nie doszło również do niedopuszczalnej zmiany treści oferty złożonej przez uczestnika postępowania.

W tym zakresie odwołujący powołuje się na obszerny „fragment” wyroku KIO z dnia 26 października 2016 r., KIO 1957/16, który jednak - co należy podkreślić - w rzeczywistości w ogóle nie pojawia się w treści wzmiankowanego orzeczenia. Co więcej, odwołujący wyciąga błędne i zupełnie dowolne wnioski z treści oferty złożonej przez uczestnika postępowania. W załączniku do oferty, w postaci „Wykazu usług”, uczestnik postępowania wskazał bowiem, że spełnienie warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia następuje na podstawie „oddania do dyspozycji”, a z załączonych zobowiązań wynika w sposób jednoznaczny, jakie podmioty trzecie udostępniają swoje zasoby uczestnikowi postępowania. To zaś zdaniem przystępującego niewątpliwie wskazuje na udostępnianie mu zasobów przez inne podmioty, co oczywiście jest zgodne zarówno z postanowieniami siwz, jak i z przepisami. Podkreślił, że już na etapie składania oferty uczestnik postępowania wskazał na posługiwanie się zasobami osób trzecich przy wykonywaniu zamówienia, a także określił dokładnie, jaki

podmioty trzecie będą mu użyczać zasobów. Odrębnym wezwaniem z dnia 4 kwietnia 2017 r. zamawiający wezwał zaś uczestnika do uzupełnienia JEDZ m.in. przez wskazanie w części IV sekcji C pkt 10 części procentowej zamówienia zrealizowanego przez podwykonawcę, z czego zresztą uczestnik się w pełni wywiązał. Wobec tego nie sposób wyciągać żadnych negatywnych w stosunku do uczestnika, który uzupełnił JEDZ zgodnie z wezwaniem zamawiającego. Nie sposób przyjąć, aby w tym wypadku miało rzekomo dojść do niedopuszczalnej zmiany oferty przez uczestnika, i to niezależnie od oceny wezwania zamawiającego w kontekście prawidłowości tegoż wezwania. Zgodnie bowiem z najnowszym orzecznictwem KIO, w którym analizowany był już analogiczny przypadek, „Niewątpliwie zamawiający nie mógł negatywnych konsekwencji wyciągać wobec wykonawcy, którego czynności związane z uzupełnieniem JEDZ wynikały z jego błędu, a nie działań wykonawcy (...) co nie powodowało de facto zmiany oświadczenia wykonawcy” (zob. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 5 stycznia 2017 r., KIO 2334/16). Analizowane zachowanie uczestnika, polegające na zastosowaniu się do wezwania zamawiającego, nie sposób również ocenić jako prowadzące do sprzeczności treści oferty z treścią siwz i mogące być podstawą do odrzucenia oferty. O sprzeczności treści oferty z treścią siwz można mówić

jedynie wtedy, gdy oferowane świadczenie nie odpowiada przedmiotowi zakupu, a rozbieżności te mają zasadniczy charakter. Ocena zgodności treści oferty z treścią siwz musi być odnoszona do aspektów merytorycznych takich jak zakres, ilość, jakość, warunki realizacji zamówienia, a więc do elementów dotyczących istoty świadczenia, istoty zobowiązania wykonawcy.

Tymczasem, z uwagi na podniesioną wyżej argumentację, okoliczności związane z uzupełnieniem przez uczestnika JEDZ o wskazanie zakresu procentowego zamówienia realizowanego przez podwykonawcę, zgodnie z wezwaniem zamawiającego, w żadnym wypadku nie wpływają ujemnie na ocenę oferty złożonej przez uczestnika postępowania, a zwłaszcza zdaniem przystępującego nie mogą implikować jej odrzucenia.

Nietrafny jest również argument odwołującego, w świetle którego uczestnik postępowania rzekomo nie wykazał wartości wykonanych prac dla okresu 12 miesięcy, ponieważ powołał się na okres od dnia 1 lipca 2015 r. do dnia 30 czerwca 2016 r., zamiast, jak wskazuje odwołujący (odsyłając do art. 112 k.c.) na okres od dnia 1 lipca 2015 r. do dnia 1 lipca 2016 r. Wezwanie zamawiającego o uzupełnienie w opisywanym zakresie treści JEDZ dotyczyło okresu 12 miesięcy, a nie okresu 1 roku. Tymczasem zgodnie z art. 114 k.c.: Jeżeli termin jest oznaczony w miesiącach lub latach, a ciągłość terminu nie jest wymagana, miesiąc Uczy się za dni trzydzieści, a rok za dni trzysta sześćdziesiąt pięć", co przesądza o prawidłowym wskazaniu przedmiotowego okresu 12 miesięcy przez uczestnika postępowania. Nawet zaś gdyby - zupełnie hipotetycznie - przyjęć sposób obliczenia terminu wskazywany przez

12

odwołującego, to i tak należy stwierdzić, że ewentualne drobne uchybienie w tym zakresie przez uczestnika postępowania, czemu uczestnik i tak zaprzecza, było pozbawione znaczenia dla sprawy.

Wreszcie za dalece chybiony uważać należy zarzut odwołującego o rzekomym ograniczeniu konkurencji przez uczestnika postępowania wskutek użyczenia mu zasobów przez R. S., a zatem wykonawcę, którego oferty zostały uznane za najkorzystniejsze dla dwóch innych zadań w ramach przedmiotowego przetargu. Odwołujący popada w ewidentną według przystępującego sprzeczność, z jednej strony próbując podważać rzeczywiste udostępnianie uczestnikowi postępowania zasobów przez podmioty trzecie, z drugiej zaś strony twierdząc, że wskutek udostępniania uczestnikowi zasobów przez wykonawcę R. S. nastąpiło niedopuszczalne ograniczenie konkurencji. odwołujący bezpodstawnie pomija, że zgodnie z treścią siwz przedmiot zamówienia został podzielony na odrębne zadania. uczestnik postępowania złożył zaś ofertę na zadanie numer 10 i 13, podczas gdy wykonawca R. S. złożył ofertę na zadanie numer 6, 7 i 9 i w przypadku dwóch ostatnich zadań jego oferta została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą. Tym samym nie ulega wątpliwości, że wskazani wykonawcy złożyli oferty na różne zadania (części) przedmiotu zamówienia w ramach przetargu i nie zaistniał przypadek, w którym oferty obu wykonawców spotkały się w jednej części. Już z tej przyczyny wskazany zarzut należy uznać za chybiony, albowiem - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie sposób w ocenie przystępującego przyjąć, że w sprawie nastąpiło naruszenie przepisów, w szczególności zaś art. 89 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Ze wskazanych przyczyn, nie sposób również dopatrzeć się znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu regulacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., zwanej dalej u.z.n.k.), czy zмовы przetargowej w złożeniu oferty na zadanie numer 10 przez uczestnika postępowania. Taki pogląd znajduje swoje odzwierciedlenie także w aktualnym orzecznictwie KIO, czego przykład stanowi wyrok KIO z dnia 26 lutego 2015 r. (sygn. akt KIO 260/15; KIO 261/15), a także wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r. (sygn. akt 1083/15).

Przystępujący zaznaczył, że uczestnik postępowania złożył ofertę na dwa zadania, co jest zgodne z treścią siwz (zob. pkt V „Oferty wariantowe i częściowe”) i w żadnym wypadku nie implikuje odrzucenia oferty uczestnika, na co w sposób niedopuszczalny powołuje się odwołujący. Treść oferty uczestnika postępowania, zgodnie z art. 82 ust. 3, odpowiada zresztą w pełni treści siwz, a wybrana przez zamawiającego dla zadania numer 10 oferta uczestnika była bez wątpienia ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust. 1 i 2w zw. z treścią siwz. Oferta ta w najwyższym stopniu spełniała bowiem wszystkie istotne kryteria oceny ofert określone w siwz.

Zobowiązanie wykonawcy R. S. do udostępnienia uczestnikowi postępowania określonych zasobów na okres wykonywania zamówienia odpowiada zarówno przepisom , jak również treści siwz. W doktrynie i orzecznictwie powszechnie podnosi się, że instytucja udostępniania zasobów innym podmiotom nie stanowi o ograniczeniu konkurencji, lecz wręcz odwrotnie - jest przejawem zwiększenia konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówień publicznych poprzez umożliwienie udziału w przetargach publicznych jak najszerszego kręgu potencjalnych wykonawców, którzy w innym przypadku mogliby nie spełniać warunków udziału w postępowaniu (zob. np. G. Materna, Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, Warszawa 2016, s. 200, a także wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., KIO 773/17).

Co więcej, przystępujący podkreślił, że odwołujący w gruncie rzeczy sprowadza swoją argumentację do niedopuszczalnego kwestionowania wyboru ofert dla tych zadań, dla których nie przysługuje mu interes prawny w uzyskaniu zamówienia. R. S., to niewątpliwie odrębny podmiot gospodarczy. Według zaś uzasadnienia wyroku KIO z dnia 16 marca 2016 r. (sygn. akt: KIO 280/16; KIO 281/16; KIO 295/16): „{...} sam fakt istnienia określonych powiązań nie świadczy jeszcze o istnieniu pomiędzy danymi wykonawcami „zmowy przetargowej”, której celem jest wyeliminowanie lub ograniczenie konkurencji na rynku. Okoliczność tę należy wykazać. To na odwołującym - zgodnie z art. 6 k.c. - spoczywa ciężar udowodnienia okoliczności, z których wywodzi skutki prawne”. Tymczasem odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na istnienie rzekomego porozumienia pomiędzy wykonawcami, polegającego na podziale rynku celem wyeliminowania konkurencji, ograniczając się wyłącznie do dalece lakonicznych i niczym nieuzasadnionych twierdzeń, którym uczestnik stanowczo zaprzecza.

W przedmiotowym przetargu zasady uczciwej konkurencji w żadnym wypadku nie zostały więc naruszone. Sam fakt niezadowolenia odwołującego z powodu braku wyboru jego oferty, wyraźnie zresztą mniej korzystnej aniżeli prawidłowa i zgodna z prawem oferta uczestnika postępowania, nie może jeszcze stanowić asumptu do powoływania się na rzekome naruszenia przepisów prawa przez zamawiającego, co w żadnym razie nie miało w niniejszym postępowaniu miejsca.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2, KIO uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 czerwca 2017r. udzielonego przez właściciela firmy. Kopie zgłoszenia zostały przekazane zamawiającemu i odwołującemu w dniu 21 czerwca 2017r.

Zamawiający w dniu 4 lipca 2017r. wniósł odpowiedź na odwołanie i zażądał:

1. oddalenia odwołania jako nieuzasadnionego w całości,
2. utrzymania w mocy decyzji zamawiającego o uznaniu za ofertę najkorzystniejszą - oferty Wykonawcy A. J. B. w części obejmującej zadanie numer 10,
3. obciążenia odwołującego wszystkimi kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego poniesionych przez niego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dotarcia na sprawę - w wysokości określonej na podstawie listy kosztów, w tym rachunków które zostaną przedłożone do akt sprawy na rozprawie.

Zamawiający oświadczył, że wszelkie dokonane przez niego czynności w toku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego (m.in. dla zadania 10), którego przedmiotem jest: „Kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy W.”, dotyczące przeprowadzenia postępowania w tym badania i oceny ofert także w zakresie wynikającym z dyspozycji przepisów: art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 i w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy zostały przeprowadzone prawidłowo zgodnie z postanowieniami ww. ustawy, w oparciu o zapisy siwz a także w szczególności z poszanowaniem zasad udzielania zamówień publicznych, w sposób zapewniający zachowanie zasad: uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z

zasadą przejrzystości, i o których mówi art. 7 ustawy,
Ponadto zamawiający wbrew twierdzeniom odwołującego nie naruszył również przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Wbrew twierdzeniom odwołującego czynności przeprowadzone przez zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, dotyczyły również szczegółowego sprawdzenia, czy nie zachodzą przesłanki definiujące czyn nieuczciwej konkurencji a dokonana ocena złożonych ofert - ma swoje głębokie uzasadnienie faktyczne i prawne.

Tym samym zamawiający uważa, że nie naruszył żadnego z przepisów wskazanych przez odwołującego w treści odwołania i odwołanie jako całkowicie nieuzasadnione podlega oddaleniu w całości.

Zamawiający stanowczo zaprzeczył wszystkim twierdzeniom odwołującego oraz dokonany przez niego ocenom prawnym, a także stanowczo stwierdził, że z twierdzeniami odwołującego nie sposób się zgodzić, gdyż są nietrafne i w żadnym wypadku nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

1) Rozwijając powyższe, podkreślił, że odwołujący w sposób bezpodstawny i całkowicie nieuprawniony wskazuje, że Wykonawca A. J. B. rzekomo nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia,

15

odwołujący w zakresie powyższego zarzutu podnosi, że zobowiązania podmiotów trzecich, tj. P. B. G., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Z. U. H. B. G.” z siedzibą w K., a także P. R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „K. T. Z., P., U. M., U. L. R. S.” z siedzibą we W., do udostępnienia swoich zasobów ww. wykonawcy stanowią wyłącznie ogólne oświadczenia odnośnie świadczenia usług doradczych lub konsultingowych oraz nadzoru, co - zdaniem odwołującego - w żaden sposób nie dowodzi, że ww. wykonawca faktycznie będzie mógł skorzystać z wiedzy i doświadczenia tych podmiotów, Odwołujący natomiast całkowicie pomija fakt literalnego brzmienia zobowiązań ww. podmiotów trzecich, w których mowa jest wprost o ich podwykonawstwie w realizacji przedmiotu zamówienia, objętego przedmiotowym postępowaniem przetargowym. Słowo „podwykonawstwo” zostało użyte w ww. zobowiązaniach jako jedno z kilku tam użytych słów, w tym słów: „świadczenia usług doradczych lub konsultingowych oraz nadzoru” i to wyraźnie po przecinku - jako kolejiny zakres/sposób uczestniczenia podmiotów trzecich w realizacji przedmiotu zamówienia.

Ponadto za faktycznym udziałem ww. podmiotów trzecich w realizacji przedmiotu zamówienia w roli podwykonawców, świadczą zdaniem zamawiającego dodatkowo i pozostałe dokumenty tj. wykaz udostępnionych osób i sprzętu dla realizacji przedmiotu zamówienia! czy też dokumenty JEDZ.

W zw. z powyższym i przechodząc do szczegółowszej analizy faktów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę A. J. B. m.in. przez faktyczny udział ww. podmiotów trzecich w realizacji przedmiotu zamówienia zamawiający uznać iż twierdzenia odwołującego w żadnym wypadku nie mogą zostać uznane za uzasadnione albowiem nie polegają na prawdzie i zaprzeczają udowodnionemu w postępowaniu stanie faktycznym, polegającym na pełnym wykazaniu spełniania warunku nazywanego po nowelizacji z roku 2016 - zdolnościami technicznymi lub zawodowymi (dawny warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia) przez Wykonawcę A. J. B..

Powołane przez odwołującego orzecznictwo KIO jest również nieadekwatne do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy albowiem odnosi się ściśle do stanu faktycznego, w którym Wykonawca polegał jedynie na tzw. know - how a nie jak w przedmiotowej sprawie na realnym, faktycznym podwykonawstwie w realizacji przedmioty zamówienia.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy: „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych”, przy czym według art. 22a ust. 2 ustawy: „ Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował

16

niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia".

W przedmiotowej sprawie Wykonawca A. J. B. bezspornie udowodnił zgodnie z obowiązkiem wynikającym z ww. przepisu art. 22a ust. 2 ustawy tj. w postaci pisemnych zobowiązań podmiotów trzecich, a dodatkowo w postaci stosownych wykazów personelu i sprzętu, pochodzących od tychże podmiotów trzecich oraz JEDZ, iż spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu w dopuszczalnej przez prawo formule, o której mowa w przepisie art. 22a ust 1 ustawy.

Zamawiający powołał następujące dowody:

Dowód 1: Pisemne zobowiązanie P. R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „K. T. Z., P., U. M., U. L. R. S.” z siedzibą we W..

Dowód 2: Pisemne zobowiązanie P. B. G., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Z. U. H. B. G.w z siedzibą w K..

Dowód 3: Wykaz personelu podpisany przez P. R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „K. T. Z., P., U. M., U. L. R. S.; z siedzibą we W..

Dowód 4: Wykaz sprzętu podpisany przez P. R. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „K. T. Z., P., U. M., U. L. R. S.” z siedzibą we W..

Dowód 5: Wykaz personelu podpisany przez P. B. G., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Z. U. H. B. G.” z siedzibą w K.,

Podkreślenia w ocenie zamawiającego wymaga, iż zobowiązania podmiotów trzecich, zostały złożone według wymaganego przez zamawiającego wzoru, który z kolei sporządzony został stosownie do wymagań normatywnych. Oba zobowiązania ww. podmiotów trzecich zawierają więc wszystkie informacje niezbędne do ustalenia zakresu dostępnych wykonawcy zasobów, sposobu ich wykorzystania przy wykonywaniu zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z podmiotami trzecimi oraz okresu ich udziału przy wykonywaniu zamówienia a JEDZ określa zakres procentowy. Analiza treści przedłożonych zobowiązań, JEDZ wskazuje, iż wykonawca udowodnił, iż przez cały okres realizacji zamówienia będzie w sposób rzeczywisty dysponował udostępnionymi mu zasobami w sposób wymagany przepisami ustawy i postanowieniami siwz oraz na zasadzie podwykonawstwa.

Swoje obowiązki ustawowe wypełnił w przedmiotowej kwestii również zamawiający, tj. szczegółowo zbadał, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 22a ust. 3 ustawy (najpierw dokumenty złożone wraz z ofertą, a następnie uzupełnione dokumenty na skutek pracy i stosownych wezwań zamawiającego) - czy udostępnione wykonawcy przez inne podmioty zasoby pozwalają na wykazanie spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu oraz ponad powyższe czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia.

17

Zamawiający szczegółowo zbadał czy zachodzi realność spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej i uznał, iż nie ma co do tego żadnych wątpliwości.

Zamawiający zbadał również zgodnie z dyspozycją § 9. 2 Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia - czy nie zachodzą podstawy wykluczeń wobec podmiotów udostępniających swoje zasoby, które jak wykazały w pisemnym zobowiązaniu będą wprost podwykonawcami.

Ponadto Wykonawca A. J. B. dokonując stosownych uzupełnień, o które wzywał zamawiający również i w samym dokumencie JEDZ wprost wskazała na podwykonawstwo, które jest w świetle ustawy dopuszczalne również w przypadku podmiotów trzecich udostępniających swoje zasoby, co ma miejsce w przedmiotowej sprawie.

Dowód 6: JEDZ część IV sekcji C pkt 10)

W świetle powyższego oraz wbrew twierdzeniem odwołującego zdaniem zamawiającego nie sposób stwierdzić, iż zamawiający zachował się niezgodnie z przepisami ustawy, a ponadto żądać od niego aby wykluczył wykonawcę A. J. B. za niespełnianie warunków udziału w postępowaniu z uwagi na rzekomą i to tylko według odwołującego nierealność udostępnienia zasobów podmiotów trzecich.

W tym miejscu w ocenie zamawiającego warto podnieść, iż w treści odwołania zapewne w sposób zamierzony zwłaszcza w sytuacji, gdy sam odwołujący skrzętnie pomija fakt udowodnienia pisemnym zobowiązaniem podwykonawstwa podmiotów trzecich w realizacji

przedmiotu zamówienia a ponadto fakt podwykonawstwa, potwierdzony przez samego wykonawcę w dokumencie JEDZ.

Ponad powyższe i zasadnicze, a więc realne oraz udowodnione zapisami w dokumentach pochodzących od Wykonawcy i podmiotów trzecich - podwykonawstwa, odwołującemu zasadniczo należy również wyjaśnić, że wbrew jego twierdzeniom iż oświadczenia podmiotów trzecich co do udostępnienia ww. wykonawcy swoich zasobów stanowią rzekomo jedynie bliżej nieskonkretyzowane know-how, co równie rzekomo ma podważać rzeczywisty charakter wskazanego udostępnienia - mają w rzeczywistości inny charakter.

Dla wiadomości odwołującego zamawiający podkreślił, że przetransferowanie zasobu w postaci wiedzy i doświadczenia, będącego zasobem o charakterze również niematerialnym, wymaga „materialnego nośnika”, Nie ulega wątpliwości, że nośnikiem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego mogą być właśnie osoby z danego przedsiębiorstwa, które przydzielone do niniejszego zamówienia, będą przekazywać posiadaną wiedzę i doświadczenie w trakcie realizacji poszczególnych zadań i na różnych płaszczyznach wykonywania przedmiotu zamówienia (zob. uzasadnienie wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2015 r., KIO 1007/15). Taka też sytuacja miała miejsce w niniejszej sprawie, bowiem w złożonych

18

zobowiązaniach osoby trzeciej udostępniające uczestnikowi postępowania swoje zasoby dokładnie określiły, o jakie zasoby będzie chodzić, ponad udowodnione realne podwykonawstwo, tj. m.in. z usług jakich osób wykonawca będzie w tym zakresie korzystał, ze wskazaniem danych tych osób, ich kwalifikacji, wiedzy i doświadczenia, a także usług, które będą przez nie wykonywane.

2) Nietrafny pozostaje również argument odwołującego, w świetle którego wykonawca A. J. B. rzekomo nie wykazał wartości wykonanych prac wykonywanych przez okres 12 miesięcy, ponieważ powołał się na okres od dnia 1 lipca 2015 r. do dnia 30 czerwca 2016 r., zamiast, jak wskazuje odwołujący na okres od dnia 1 lipca 2015 r. do dnia 1 lipca 2016 r.

Zamawiający wskazał, iż wezwanie zamawiającego o uzupełnienie w opisywanym zakresie treści JEDZ dotyczyło prac wykonywanych przez okres 12 miesięcy, ale w rozumieniu opisanym poniżej.

Co ważne, Zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu użył sformułowania „(przez okres dwunastu miesięcy)” ale jedynie jako doprecyzowania do poprzedzającego go w warunku słowa „całorocznych prac” - i tylko w takim znaczeniu należało dokonywać oceny postawionego warunku tj. że chodzi o usługi całoroczne tj. prace wykonywane przez okres 12 miesięcy,

W zw. z powyższym daty wykazane przez ww. wykonawcę od dnia 1 lipca 2015 r. do dnia 30 czerwca 2016 r. dla potwierdzenia spełniania ww. warunku - potwierdzają wykonywanie wymaganych prac przez okres 12 miesięcy, składających się na całoroczne kompleksowe prace pielęgnacyjne zieleni parkowej.

Wartym podniesienia w tym miejscu jest to, że jak wykazano powyżej definicja 12 miesięcy była i jest dla takich przypadków opisu warunku udziału w postępowaniu - zawarta wprost w samym warunku a nie kodeksie cywilnym, gdyż nie są to żadne terminy ustawowe, urzędowe; itd. niezbędne do wyliczenia innych terminów.

3) Natomiast odnosząc się do kwestii nie odrzucenia oferty wykonawcy A. J. B. z uwagi na rzekoma zmianę treści oferty na skutek zmiany oświadczenia w sprawie powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom - i to jedynie w odbiorze odwołującego, Zamawiający wykazał co następuje.

Po pierwsze, istnieje zasadnicza różnica pomiędzy treścią oferty i jej niedopuszczalną zmianą w kontekście wezwań do wyjaśnień treści oferty z art 87 ust 1 ustawy a pozostałymi dokumentami, które zostają złożone wraz z ofertą lub podlegają uzupełnieniu (tak w przedmiotowej sprawie) na skutek wezwań do uzupełnień/wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający wskazał, że w przedmiotowej sprawie wbrew twierdzeniom odwołującego nie doszło do rzekomej zmiany treści oferty na skutek zmiany oświadczenia w sprawie powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom -albowiem przede wszystkim nie

19

mamy do czynienia w przypadku ww. oświadczenia z treścią oferty sensu stricto, a ponadto zamawiający nie dokonał wezwania dotyczącego treści oferty i art. 87 ust. 1 ustawy .

Oferta sensu stricto zawiera elementy zawarte w tzw. Formularzu ofertowym wykonawcy, zawierającym określenie przedmiotu zamówienia, jego cenę, termin realizacji i inne kwestie związane wprost z przedmiotem zamówienia np, gwarancja, etc. a o sprzeczności treści oferty z treścią siwz można mówić jedynie wtedy, gdy oferowane świadczenie nie odpowiada przedmiotowi zamówienia. Ocena zgodności treści oferty z treścią siwz musi być odnoszona do aspektów merytorycznych takich jak zakres, ilość, jakość, warunki realizacji zamówienia, a więc do elementów dotyczących istoty świadczenia, istoty zobowiązania wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie doszło jedynie do wezwania o dokonanie stosownych uzupełnień przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy i to nie treści oferty a dokumentów i oświadczeń, o których mówią przepisy art. 25 a ust. 1 i art. 25 ust. 1 ustawy.

Tym samym w ocenie zamawiającego nie doszło do niedopuszczalnej i zarzucanej przez odwołującego zmiany treści oferty, gdyż nie mamy do czynienia z treścią oferty - ale do dopuszczalnego prawem na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy, uzupełnienia określonych oświadczeń, dokumentów na wezwanie zamawiającego.

Wartym wskazania jest w tym miejscu jest i to, że wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy jest nie tylko narzędziem dopuszczonym prawnie ale i obowiązkiem zamawiającego.

Co więcej, odwołujący wyciąga błędne i zupełnie dowolne wnioski z treści oferty złożonej przez wykonawcę oraz dodatkowych złożonych wraz z nią oświadczeń i dokumentów. W załączniku do oferty, w postaci „Wykazu usług”, wykonawca wskazał bowiem, że spełnienie warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia następuje na podstawie „oddania do dyspozycji”, a z załączonych zobowiązań wynika w sposób jednoznaczny, jakie podmioty trzecie udostępniają swoje zasoby wykonawcy. To zaś niewątpliwie wskazuje na udostępnianie mu zasobów przez inne podmioty, co oczywiście jest zgodne zarówno z postanowieniami siwz, jak i z przepisami ustawy. Podkreślił, że już na etapie składania oferty wykonawca wskazał na posługiwanie się zasobami osób trzecich przy wykonywaniu zamówienia, a także określił dokładnie, jaki podmioty trzecie będą mu użyczać zasobów, Odrębnym wezwaniem z dnia 4 kwietnia 2017 r. zamawiający wezwał zaś wykonawcę do uzupełnienia JEDZ m.in. przez wskazanie w części IV sekcji C pkt 10 części procentowej zamówienia zrealizowanego przez podwykonawcę, z czego wykonawca się wywiązał, Wobec tego nie sposób wyciągać żadnych negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy, który uzupełnił JEDZ zgodnie z wezwaniem zamawiającego.

Jak wykazano powyżej właściwe zachowanie wykonawcy, polegające na pełnym zastosowaniu się do wezwania zamawiającego, nie sposób również ocenić jako prowadzące do sprzeczności treści oferty z treścią siwz i mogące być podstawą do odrzucenia oferty. Tak

20

samo z uwagi na podniesioną wyżej argumentację, okoliczności związane z uzupełnieniem przez wykonawcę JEDZ o wskazanie zakresu procentowego zamówienia realizowanego przez podwykonawców, zgodnie z wezwaniem zamawiającego, w żadnym wypadku nie wpływają ujemnie na ocenę oferty złożonej przez wykonawcę, a zwłaszcza nie mogą implikować jej odrzucenia.

Po drugie, odwołujący powołuje się na obszerny „fragment” wyroku KIO z dnia 26 października 2016 r., KIO 1957/16, który jednak - co należy podkreślić - w rzeczywistości w ogóle nie pojawia się w treści wzmiankowanego orzeczenia.

Natomiast Zamawiający chce powołać poniższe wyroki na dowód tego, iż oświadczenie o podwykonawcach nie jest treścią oferty oraz stanowi dopuszczalną możliwość złożenia w ramach uzupełnień również dokumentów, z których wynika kwestia podwykonawstwa.

1. Wyrok KIO 192/17 z dnia 13.02.2017r.

2. Wyrok KIO 234/17 z dnia 22.02.2017r.

3. Wyrok KIO 540/17 z dnia 04.04.2017r.

Za dalece chybiony zdaniem zamawiającego uznać należy ostatni zarzut odwołującego o rzekomym ograniczeniu konkurencji przez Wykonawcę A. J. B. wskutek użyczenia mu zasobów przez R. S., a zatem wykonawcę, którego oferty zostały uznane za najkorzystniejsze dla dwóch, ale innych zadań w ramach przedmiotowego przetargu.

Odwołujący popada w ewidentną sprzeczność, z jednej strony próbując podważać rzeczywiste udostępnianie wykonawcy zasobów przez podmioty trzecie, z drugiej zaś strony twierdząc, że wskutek udostępniania mu zasobów przez wykonawcę R. S. nastąpiło niedopuszczalne ograniczenie konkurencji.

Odwołujący bezpodstawnie pomija fakt, że zgodnie z treścią siwz przedmiot zamówienia

został podzielony na odrębne zadania. Ww. wykonawca złożył ofertę na zadanie numer 10 i 13, podczas gdy wykonawca R. S. złożył ofertę na zadanie numer 6, 7 i 9 i w przypadku dwóch ostatnich zadań jego oferta została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą.

Tym samym nie ulega wątpliwości, że wskazani wykonawcy złożyli odrębne oferty na różne zadania (części) przedmiotu zamówienia w ramach przetargu i nie zaistniał przypadek, w którym oferty obu wykonawców spotkały się w jednej części. Już z tej przyczyny wskazany zarzut należy uznać za chybiony, albowiem - wbrew twierdzeniom odwołującego - nie sposób przyjąć, że w sprawie nastąpiło naruszenie przepisów ustawy, w szczególności zaś art. 89 ust. 1 pkt 1 tej ustawy.

Ze wskazanych przyczyn, nie sposób również dopatrzeć się znamion czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu regulacji ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 ze zm., zwanej dalej u.z.n.k.), czy zмовы przetargowej w złożeniu oferty na zadanie numer 10 przez wykonawcę,

21

Powyższy pogląd znajduje swoje odzwierciedlenie także w aktualnym orzecznictwie KIO, czego przykład stanowi wyrok KIO z dnia 28 lutego 2015 r. sygn. akt KIO 260/15; KIO 261/15, a także wyrok KIO z dnia 10 czerwca 2015 r. sygn. akt 1083/15.

Zamawiający zaznaczył, że wykonawca złożył ofertę na dwa zadania, co jest również zgodne z treścią siwz (zob. pkt V „Oferty wariantowe i częściowe”) i w żadnym wypadku nie implikuje odrzucenia jego oferty, na co w sposób niedopuszczalny powołuje się odwołujący. Treść oferty ww. wykonawcy zadania 10, zgodnie z art. 82 ust 3 ustawy, odpowiada zresztą w pełni treści siwz, a wybrana przez zamawiającego dla zadania numer 10 jego oferta była bez wątpienia ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu art. 91 ust, 1 i 2 ustawy w zw. z treścią siwz. Oferta ta w najwyższym stopniu spełniała bowiem wszystkie istotne kryteria oceny ofert określone w siwz.

Zobowiązanie wykonawcy R. S. do udostępnienia Wykonawcy A. J. B. określonych zasobów na okres wykonywania zamówienia odpowiada zarówno przepisom ustawy, jak również treści siwz. W doktrynie i orzecznictwie powszechnie podnosi się, że instytucja udostępniania zasobów innym podmiotom nie stanowi o ograniczeniu konkurencji, lecz wręcz odwrotnie - Jest przejawem zwiększenia konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówień publicznych przez umożliwienie udziału w przetargach publicznych jak najszerzego kręgu potencjalnych wykonawców, którzy w innym przypadku mogliby nie spełniać warunków udziału w postępowaniu (zob. np. G. Materna, Zmowy przetargowe w prawie ochrony konkurencji i prawie karnym, Warszawa 2016, s, 200, a także wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r., KIO 773/17).

Co więcej, zamawiający podkreślił należy, że odwołujący w gruncie rzeczy sprowadza swoją argumentację do niedopuszczalnego kwestionowania wyboru ofert dla tych zadań, dla których nie przysługuje mu interes prawny w uzyskaniu zamówienia. Również i z tej przyczyny, zarzuty podniesione w odwołaniu uznać należy więc za nieuprawnione i zupełnie nietrafne.

Powołując się na zarzut rzekomego czynu nieuczciwej konkurencji ww. wykonawcy, odwołujący w żadnym, chociażby najmniejszym, stopniu nie konkretyzuje tego zarzutu, zarzut rzekomego naruszenia przepisów u.z.n.k. został więc sformułowany w sposób ogólnikowy, wręcz blankietowy, co już per se świadczy o jego nieskuteczności. W wyroku z dnia 5 listopada 2014 r. (sygn. akt: KIO 2130/14; KIO 2132/14; KIO 2148/14) KIO trafnie zwróciła zaś uwagę, że "(...) nie może domniemywać treści, wprost nie wskazanych w zarzutach i żądaniach odwołującego. Takie postępowanie byłoby naruszeniem zasady równości stron w postępowaniu odwoławczym. To odwołujący, formułując swoje żądania, wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Zgodnie z treścią art. 180 ust 3 zarzuty i żądania powinny być zawarte w odwołaniu i być postawione w sposób wyraźny ("Odwołanie powinno (...) zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz

22

wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania"). odwołujący nie sprostął jednak powyższemu obowiązkowi i nie wykazał, aby złożenie oferty przez uczestnika postępowania należało zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji odwołujący miał bowiem obowiązek nie tylko wskazać, który spośród deliktów nieuczciwej

konkurencji, unormowanych w art. 5-17 u.z.n.k., ewentualnie klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 u.z.n.k., stanowić ma rzekomo zachowanie Uczestnika postępowania, lecz przede wszystkim dokonać przekonywującej i wystarczająco pogłębionej analizy, wspartej konkretnymi dowodami, która wykazałaby słuszność podniesionego zarzutu. Podkreślić bowiem trzeba, że zgodnie z art. 190 ust. 1 zd. 1 ustawy: „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne”. Brak udowodnienia tej okoliczności nie może zresztą budzić zdziwienia, gdyż - wbrew nieuprawnionym twierdzeniom odwołującego - złożenie oferty przez uczestnika postępowania w żadnym wypadku nie może zostać ocenione jako zachowanie sprzeczne z przepisami u.z.n.k., a także innymi przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym ustawy i kc, jak również z treścią siwz.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy ponad brak dowodów formalnych, jak wynika z treści pisma stanowiącego przystąpienie po stronie zamawiającego - Wykonawca A. J. B. zaprzecza, aby w przedmiotowej sprawie miało miejsce jakiegokolwiek porozumienie implikujące zachwianie uczciwej konkurencji, na co w sposób całkowicie bezpodstawny i nieuprawniony powołuje się odwołujący,

Każdy z wykonawców, tj. zarówno ww. wykonawca jak i wykonawca R. S., to niewątpliwie odrębne podmioty gospodarcze. Według zaś uzasadnienia wyroku KIO z dnia 16 marca 2016 r. (sygn. akt: KIO 280/16; KIO 281/16; KIO 295/16): Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów na istnienie rzekomego porozumienia pomiędzy wykonawcami; polegającego na podziale rynku celem wyeliminowania konkurencji, ograniczając się wyłącznie do dalece lakonicznych i niczym nieuzasadnionych twierdzeń, którym jak wskazano powyżej wykonawca stanowczo zaprzecza.

Ponadto zamawiający wygrał przed KIO sprawę opierającą się na tej samej argumentacji i dotycząca ww. Wykonawców tj. P. J. B. i P. R. S. w nie tak dawnym postępowaniu zamawiającego na konserwację lasów komunalnych W., gdzie nie wykazano żadnych powiązań mogących wskazywać na zмовę i zakłócenie konkurencji (sygn. akt: KIO 773/17 z dnia 8 maja 2017 r.).

W przedmiotowym przetargu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w żadnym wypadku nie zostały więc naruszone.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy, KIO uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na

23

wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych powyżej względów nie miało miejsca w niniejszej sprawie.

Odwołujący podtrzymał w całości dotychczasowe stanowisko.

Również zamawiający i przystępujący w toku rozprawy w całości podtrzymali swoje dotychczasowe stanowisko.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający zezwolił na złożenie ofert maksymalnie na 3 zadania przez tego samego wykonawcę, złożenie ofert na większą ilość zadań miało skutkować odrzuceniem oferty. Zamawiający w wyjaśnieniach z dnia 21 lutego 2017r. udzielając odpowiedzi na pytania nr 1, 2 i 3 udzielił następujących informacji – dopuścił wskazania tej samej osoby do pełnienia funkcji kierownika prac dla więcej niż jednego zadania, dopuścił wskazanie tej samej osoby do pełnienia funkcji ogrodnika na więcej niż 1 zadanie, zakazał łączenia funkcji kierownika prac i ogrodnika.

W ofercie przystępującego w pkt. 5 ppkt 6 formularza ofertowego przystępujący złożył oświadczenie, że nie zamierza powierzyć części zadania podwykonawcy.

W załączniku nr 6 do siwz w zakresie zadania 10 przystępujący wskazał doświadczenie nabyte w okresie od 1 lipca 2015 do 31 grudnia 2016 o wartości 654 328zł. Dla Gminy Wrocław jako doświadczenie oddane do dyspozycji.

W części I lit. C JEDZ przystępujący oświadczył, że polega na zdolnościach innych podmiotów, a w lit. D, że nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. W części IV sekcji α oświadczył, że spełnia wymagane kryteria kwalifikacji. W lit C części IV przystępujący nie wypełnił pkt. 1b, 2, 3, 6 9, 10.

W zobowiązaniu podmiotu trzeciego R. S. oświadczył, że udostępni wiedzę i doświadczenie oraz zasoby osobowe i potencjał techniczny i będzie świadczył usługi doradcze i

konsultingowe, zabezpieczy potrzeby sprzętowe oraz nadzór dla wykonawcy w okresie od lipca 2017 do 30 czerwca 2019r.

W JEDZ R. S. w części IV sekcji α podmiot oświadczył, że spełnia kryteria kwalifikacji, a nie wypełnił pkt. 1b, 2, 3, 6, 9.

W zobowiązaniu podmiotu trzeciego B. G. oświadczyła, że udostępnia wiedzę i doświadczenie oraz zasoby osobowe i będzie świadczył usługi doradcze i konsultingowe, oraz nadzór dla wykonawcy w okresie od lipca 2017 do 30 czerwca 2019r.

W JEDZ B. G. w części IV sekcji α podmiot oświadczył, że spełnia kryteria kwalifikacji, a nie wypełnił pkt. 1b, 2, 3, 6, 9.

24

Z załącznika nr 8.1 do siwz wynika, że przystępujący opiera się w całości na personelu oddanym mu do dyspozycji.

Z załącznika 10 do siwz wynika, że przystępujący w całości opiera się o narzędzia i urządzenia oddane mu do dyspozycji.

Do oferty załączono 2 referencje udzielone R. S. przez Gminę Wrocław na należyte wykonanie zadania kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław Zadania nr 6 Rejon K. I w okresie od 1 lipca 2015r. do 31 grudnia 2016r. na kwotę 654 328zł. i należyte wykonanie zadania kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław Zadania nr 13 Rejon P. w okresie od 1 lipca 2015r. do 31 grudnia 2016r. na kwotę 324 497,76zł.

W dniu 4 kwietnia 2017r. zamawiający wezwał do uzupełnienia JEDZ R. S. o informacje dotyczące udostępnionego doświadczenia, udostępnionych osób do realizacji zamówienia oraz udostępnionego potencjału, do uzupełnienia JEDZ B. G. o informacje dotyczące osób udostępnionych do realizacji zamówienia, do uzupełnienia JEDZ przystępującego o wskazanie części procentowej zamówienia realizowanego przez podwykonawcę i wskazania, że przystępujący dysponuje wymaganym kierownikiem prac i ogrodnikiem. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że zakres zobowiązania musi określać m. in. czy podmiot udostępniający zasoby w odniesieniu do warunków kwalifikacji zawodowych i doświadczenia zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą i wezwał do wskazania, czy podmiot udostępniający zasoby będzie brał udział w realizacji zamówienia jako podwykonawca.

W dniu 10 kwietnia 2017r. przystępujący uzupełnił sekcję C części IV pkt 2 w ten sposób, że wskazał kierownika prac podając jego imię i nazwisko oraz doświadczenie i posiadane wykształcenie oraz kwalifikacje zawodowe oraz zakres czynności i ogrodnika podając analogiczne dane oraz pkt. 10 w ten sposób, że wskazał 20% ZUH B. G. i 20% K. T. Z. R. S..

Złożono także nowe zobowiązanie podmiotu R. S., w którym wskazano, że podmiot ten udostępnia wiedzę i doświadczenie – kompleksowa konserwacja parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław, a także potencjał techniczny i kadrowy, potencjał ten będzie udostępniony przez usługi doradcze, konsultingowe, nadzór dla wykonawcy w okresie trwania zamówienia, podwykonawstwo w okresie realizacji zamówienia, zakres i okres udziału innego podmiotu – usługi doradcze, konsultacje i nadzór dla wykonawcy w okresie realizacji zamówienia.

Uzupełniono część IV sekcję C JEDZ R. S. przez wskazanie pkt. 1B przez podanie udostępnianego doświadczenia, jak w pierwotnym wykazie usług załącznik nr 6 do siwz, oraz w pkt. 2 szczegółowo wymieniono udostępniany potencjał kadrowy z imienia, nazwiska,

25

wykształcenia, doświadczenia, pkt. 3 przez wskazanie sprzętu i urządzeń udostępnianych.

Załączono do JEDZ R. S. załącznik nr 6 oraz załącznik nr 8.1 i 8.2 do siwz, a także załącznik nr 10 do siwz.

Złożono także nowe zobowiązanie podmiotu B. G., w którym wskazano, że podmiot ten udostępnia potencjał kadrowy, potencjał ten będzie udostępniony przez usługi doradcze, konsultingowe, nadzór dla wykonawcy w okresie trwania zamówienia, podwykonawstwo, zakres i okres udziału innego podmiotu – usługi doradcze, konsultacje i nadzór dla wykonawcy w okresie realizacji zamówienia.

Uzupełniono część IV sekcję C JEDZ B. G. przez wskazanie w pkt. 2 szczegółowo

udostępniany potencjał kadrowy z imienia, nazwiska, wykształcenia, doświadczenia.

Załączono do JEDZ załącznik nr 8.1 i 8.2 do siwz, a także załącznik nr 10 do siwz.

Z ofert p. S. złożonych na zadania 6, 7, 9 powołano się na następujące doświadczenie, potencjał kadrowy i techniczny:

Doświadczenie własne dla zadania 7 takie samo jak udostępnione przystępującemu dla zadania 13, które następnie wymieniono na potencjał innego podmiotu V. sp. j.

Doświadczenie własne dla zadania 6, takie samo jak udostępnione przystępującemu dla zadania 10.

Dla wszystkich zadań – 6, 7, 9 p. S. posługuje się identycznym wykazem sprzętu, co do rodzaju sprzętu i jego ilości jak sprzęt udostępniony przystępującemu, co więcej p. S. tak jak przystępujący opierają się także o sprzęt udostępniony przez S. D. B. – podnośnik koszowy (...).

Dla wszystkich zadań p. S. opiera się o te same osoby, które udostępnia przystępującemu, jak również korzysta z zasobów p. G., dotyczy to następujących osób:

A. K. – udostępnionej przez p. G., wskazanej jako kierownik prac dla zadania VII

B. G. – udostępnionej przez p. G.,

Zasobów własnych:

P. W. – ogrodnika,

T. K.,

F. D.,

S. S.,

Ł. C.,

A. O.

Dodatkowo p. S. korzysta z zasobów kadrowych udostępnionych przez firmę V. sp. j. w osobie P. S. – kierownika prac dla zadań 6 i 9 oraz z zasobu własnego w postaci W. F. specjalisty ds. ochrony roślin.

W dniu 14 kwietnia 2017r. zamawiający wezwał do uzupełnienia wartości wykonanych zamówień w okresie 12 miesięcy, bo przystępujący podał wartość wykonanych prac za okres 1,5 roku.

W dniu 21 kwietnia 2017r. przystępujący uzupełnił sekcję C części IV JEDZ podając kompleksową konserwację parków i zieleńców na terenie Gminy Wrocław w okresie od 1 lipca 2015r. do 30 czerwca 2016r. na kwotę 438 693,36zł. W ten sam sposób przystępujący poprawił załącznik nr 6 do siwz.

W dniu 12 maja 2017r. zamawiający wezwał przystępującego do przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia dla podmiotów udostępniających zasoby. Przystępujący to wezwanie wykonał w dniu 25 maja 2017r.

Z dowodów przedłożonych przez odwołującego wynika, że firma V. sp. j. składając ofertę na zadanie 11 wykazał się tym samym doświadczeniem, co p. S. na zadanie 6 i przystępujący na zadanie 10.

Z dowodów przedstawionych przez przystępującego wynika, że przystępujący w lipcu 2017r. zatrudnił 4 osoby, które posiadają wiedzę i doświadczenie związane z przedmiotem zamówienia, a w sierpniu zamierza zatrudnić kolejne dwie osoby. Zakupił też dwa ciągniki, kosiarkę z koszem z wysokim wysypem, kosiarkę z przesuwem bocznym mechanicznym i dwie kosy spalinowe.

Z oświadczenia p. S. wynika, że ponad osoby deklarowane do zadań 6, 7, 9 i udostępniane do zadania 10 p. S. zatrudnia jeszcze 8 osób zdolnych do wykonania zamówienia, w tym kierownika prac J. Ł., a także dysponuje 7 ciągnikami kołowymi, 5 przyczepami ciągnikowymi, 3 samochodami samowładowymi, 15 podkaszarkami, 4 kosiarkami spalinowymi samojezdnymi, 10 piłami motorowymi, 3 rębakami, 3 maszynami zbierającymi do trawy, 6 maszynami do koszenia trawy.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

Art. 7 ust. 1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Ust. 3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 22a ust. 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w

jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Ust. 2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Ust. 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5.

Ust. 4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Ust. 5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

Ust. 6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Art. 22d ust. 2 Zamawiający może na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Art. 24 ust. 1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

- 12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

Art. 36a ust. 1. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy.

Ust. 2. Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę:

- 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;
- 2) prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy.

Art. 36b. ust. 1. Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.

Ust. 1a. W przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, zamawiający żąda, aby przed przystąpieniem do wykonania zamówienia wykonawca, o ile są już znane, podał nazwy albo imiona i nazwiska oraz dane kontaktowe podwykonawców i osób do kontaktu z nimi, zaangażowanych w takie roboty budowlane lub usługi. Wykonawca zawiadamia zamawiającego o wszelkich zmianach danych, o których mowa w zdaniu pierwszym, w trakcie realizacji zamówienia, a także przekazuje informacje na temat nowych podwykonawców, którym w późniejszym okresie zamierza powierzyć realizację robót budowlanych lub usług.

Ust. 1b. Zamawiający może żądać informacji, o których mowa w ust. 1a, w przypadku

zamówień na dostawy, usługi inne niż dotyczące usług, które mają być wykonane w miejscu podlegającym bezpośredniemu nadzorowi zamawiającego, lub zamówień od dostawców uczestniczących w realizacji zamówienia na roboty budowlane lub usługi.

Ust. 2. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby wykonawca powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

Art. 36ba ust. 1. Jeżeli powierzenie podwykonawcy wykonania części zamówienia na roboty budowlane lub usługi następuje w trakcie jego realizacji, wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw wykluczenia wobec tego podwykonawcy.

Ust. 2. Jeżeli zamawiający stwierdzi, że wobec danego podwykonawcy zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca obowiązany jest zastąpić tego podwykonawcę lub zrezygnować z powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy.

29

Ust. 3. Przepisy ust. 1 i 2 stosuje się wobec dalszych podwykonawców, jeżeli zamawiający przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Ust. 4. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie tego zamówienia.

Art. 87 ust. 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 89 ust. 1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą.

Łzba ustaliła, że po nowelizacji z 22 czerwca 2016r. zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy w przypadku korzystania przez wykonawcę z zasobów innych podmiotów polegających na wykształceniu, kwalifikacjach zawodowych lub doświadczeniu, wykonawca powinien wykazać, że podmiot udostępniający zasoby musi uczestniczyć w wykonaniu części zamówienia. W myśl ust. 6 art. 22a ustawy zamawiający stwierdzając, że wykonawca za pomocą udostępnianego zasobu m. in. zdolności zawodowych nie wykazał spełnienia warunku, może żądać w określonym przez siebie terminie wskazania innego podmiotu lub podmiotów, albo zobowiązał się do samodzielnego wykonania odpowiedniej części zamówienia. Oznacza to, że ustawodawca nie przewidział na etapie postępowania o udzielenie zamówienia zmiany oświadczenia wykonawcy o samodzielnym wykonaniu zamówienia na oświadczenie o poleganiu na zdolnościach innych podmiotów. Możliwa ustawowo jest jedynie sytuacja odwrotna, to jest, gdy wykonawca wykazuje spełnianie warunku cudzym potencjałem, a w sytuacji gdy mu się to nie udaje, to składa oświadczenie o samodzielnej realizacji zamówienia. Analogiczną sytuację reguluje art. 36b, który również zezwala na zmianę podwykonawcy, na którego zasobach bazuje wykonawca, na innego spełniającego warunki lub na własne wykonawstwo. Tym samym w ocenie Łzby ustawodawca nie zezwolił na zmianę oświadczenia wykonawcy o samodzielnym wykonaniu umowy na oświadczenie o poleganiu na zasobach innych podmiotów, tylko odwrotna sytuacja jest prawnie dopuszczalna. Wiąże się to w ocenie Łzby z brzmieniem art. 22a ust. 5 ustawy ustanawiającym solidarną odpowiedzialność pomiędzy wykonawcą, a udostępniającym zasoby za szkodę, którą mogą zamawiającemu wyrządzić za nie udostępnienie zasobów.

Jedynym przypadkiem regulującym możliwość ustanowienia podwykonawstwa jest art. 36ba, który stanowi, że wykonawca w toku wykonywania umowy może ustanowić podwykonawcę, jednakże istotne jest tu w ocenie Łzby fakt, że nie dochodzi wówczas do powstania solidarnej

30

odpowiedzialności pomiędzy podwykonawcą i wykonawcą, ale to wykonawca nadal

wyłącznie w sposób nieograniczony odpowiada za całość zamówienia.

Analiza powyższego stanu prawnego prowadzi do wniosku, że rację należy przyznać odwołującemu, co do prawidłowej oceny stanu prawnego niniejszej sprawy, że na gruncie ustawy nie jest dopuszczalna zmiana oświadczenia o samodzielny wykonawstwie i zastąpienia go oświadczeniem o poleganiu na zdolnościach innych podmiotów, z uwagi na odmienne ukształtowanie odpowiedzialności wobec zamawiającego.

Odnosząc się do powołanych przez zamawiającego wyroków z bieżącego roku, to w ocenie Izby rozstrzygały one nieco odmienny stan faktyczny i prawny, gdyż dotyczyły przede wszystkim oceny czy brak wskazania imion i nazwisk podwykonawców – art. 36b stanowi przesłankę odrzucenia oferty. W ocenie Izby samo nie podanie imion i nazwisk podwykonawców, przy złożeniu oświadczenia o zakresie podwykonawstwa jakie jest przewidywane na etapie realizacji zamówienia, nie mieści się w granicach którejkolwiek z przesłanek z art. 89 ust. 1 ustawy. Zwłaszcza, że sam JEDZ wskazuje podstawę do takiego wskazania imion i nazwisk (firm) to jest wskazuje się te podmioty, o ile są znane. Tym bardziej zatem sankcji odrzucenia być nie może, bo wykonawca często ma kilka ofert podwykonawczych z których może skorzystać, ważne jest natomiast to, że w sposób jednoznaczny i przejrzysty wskazał zamawiającemu, że dany zakres zamówienia nie będzie wykonywany przez niego osobiście, ale powierzony innemu podmiotowi.

W niniejszej sprawie natomiast w formularzu ofertowym nie wskazano zakresów powierzanych podwykonawcom, nie wskazano podwykonawstwa w pierwotnym brzmieniu siwz, a zakres pierwotnego udostępnienia zasobów także nie wskazywał na wykonanie jakiegokolwiek części zamówienia, co było obligatoryjne z uwagi na treść art. 22 a ust. 4 ustawy. W ocenie Izby również uzupełnione JEDZe jak i zobowiązania, wbrew stanowisku zamawiającego nie wskazywały w sposób niebudzący wątpliwości na udział podmiotów udostępniających zasoby. W ocenie Izby ten stan dotyczy p. S., gdyż to on udostępnia przystępującemu doświadczenie w realizacji przedmiotowej usługi. Mimo użycia przez ten podmiot w zobowiązaniu słowa „podwykonawstwo” pojawia się w sposobie udostępnienia, ale nie występuje już w zakresie i okresie udziału innego podmiotu, co powoduje, że oświadczenie jest wzajemnie sprzeczne i nie daje odpowiedzi na pytanie, czy realnie ten podmiot będzie podwykonawcą przystępującego. Analogicznie sprzeczność występuje pomiędzy oświadczeniami przystępującego – w formularzu oferty oświadcza, że samodzielnie wykona zamówienia, a uzupełnionym formularzu JEDZ, że za pomocą podwykonawców p. G. 20% i p. S. 20%. W ocenie Izby powoduje to, że wbrew stanowisku zamawiającego nadal istnieje stan niepewności, co do rzeczywistych zamiarów

przystępującego i oferowanego przez niego sposobu wykonania zamówienia, co dodatkowo przemawia za uwzględnieniem odwołania.

W zakresie sprzętu i urządzeń konieczność podwykonawstwa nie występuje.

Natomiast w odniesieniu do potencjału kadrowego odwołujący co do p. G. w żaden sposób nie wykazał, że udostępnienie własnej osoby oraz pracownika nie było realne.

Co do potencjału kadrowego p. S., to Izba ustaliła, że posługuje się on tym samym doświadczeniem, potencjałem kadrowym i sprzętowym w zadaniach 6, 7 i 9, które udostępnia przystępującemu w zadaniu 10, co więcej wykonawca ten korzysta z dwóch tych samych podmiotów udostępniających zasoby – p. G. i p. D.

Jednakże przepis art. 22d ust. 2 ustawy nie dotyczy sytuacji mającej miejsce w przedmiotowym postępowaniu. Przepis ten pozwala ocenić wykonawcę i jego zaangażowanie w wykonanie innych przedsięwzięć, a nie dotyczy sytuacji, gdy to podmiot udostępniający zasób jest zaangażowany w kilka przedsięwzięć. Zatem ocena zaistniałej sytuacji przez pryzmat tego artykułu nie pozwala przesądzić o możliwości uznania, że przystępujący nie posiada określonych zdolności przez zaangażowanie w inne przedsięwzięcia, gdyż odwołujący nie sformułował zarzutu, że przystępujący bierze udział w realizacji zamówień na zadania 6, 7 i 9, co uniemożliwia mu realne wykonanie przedmiotowego zadania. Przepis ten miałby ewentualne zastosowanie przy ocenie posiadania wymaganych zdolności przez p. S. w zadaniach 6, 7 i 9 z uwagi na jego zaangażowanie w kilku zadaniach i udostępnienie zasobów.

Co do dowodów złożonych przez przystępującego na rozprawie, to oświadczenie przystępującego o zatrudnieniu własnych pracowników po upływie terminu składania ofert i zakupie sprzętu bez wskazania w jakim okresie nastąpiło nie może w ocenie Izby służyć

wykazaniu zdolności do samodzielnej realizacji 60% zamówienia, gdyż nie istniało w dacie składania ofert. Nadto oświadczenie p. S. również w ocenie Izby nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż nie delegował on posiadanych pracowników, o których mowa w oświadczeniu za wyjątkiem S. S. i D. F. do realizacji zadań 6, 7, 9 i udostępnienia zasobów przystępującemu, zaś wskazany potencjał sprzętowy w zasadzie pokrywa się z potencjałem wskazywanym w zadaniu 6,7 i 9 oraz jako potencjał udostępniony w zadaniu 10.

Co do wskazanej przez zamawiającego kwestii swobody wymiany pracowników, czy podwykonawców na etapie realizacji przedmiotowej umowy, to w ocenie Izby z mocy powoływanych wyżej przepisów ustawy art. 36 b i art. 36ba ustawy na gruncie prawa zamówień publicznych ta swoboda doznaje ograniczeń, dla zapewnienia realizacji celów publicznych jak i dla zagwarantowania równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Odnośnie argumentu, że zamawiający jest uprawniony do skorzystania z możliwości wezwania przystępującego o wskazanie nowego podmiotu lub podmiotów lub

32

samodzielnego wykonania zamówienia w trybie art. 22a ust. 6 ustawy, to w ocenie Izby stoi temu na przeszkodzie fakt, że w ofercie doszło do zmiany sposobu wykonania zamówienia, ze świadczenia samodzielnego na świadczenie z udziałem podwykonawców, co w ocenie Izby stanowi jednak niedozwoloną zmianę treści oferty.

Odnosząc się do zarzutu nie wykazania właściwego okresu realizacji zamówienia, to w ocenie Izby zarzut ten opiera się o własną interpretację siwz dokonaną przez odwołującego. Rzeczywiście warunek zawierał wskazanie, że chodzi o usługę całoroczną, a skoro tak, to wskazanie wartości z okresu 1 lipca 2015 – 30 czerwca 2016r. obejmuje cały rok i w ocenie Izby nie brakuje w nim ani jednego dnia. Nadto bezsporne jest, że przystępujący wykazał doświadczenie z okresu półtora roku, a więc na pewno usługa była świadczona przez okres więcej niż 365 dni, co spełniało wymaganie zamawiającego, nadto wskazana w okresie 1 lipca 2015 – 30 czerwca 2016 wartość kilkakrotnie przekroczyła wartość wymaganą przez zamawiającego czyli 140 000zł. Tym samym w ocenie Izby z tego powodu Izba nie dopatrzyła się wad w ocenie faktycznej i prawnej dokonanej przez zamawiającego. Izba stwierdziła również fakt, iż zмова przetargowa i ograniczanie konkurencji, to zacytowany fragment orzeczenia Izby powołanego na ostatniej stronie odwołania, a nie zarzut sformułowany przez odwołującego. Odwołujący sformułował dwa zarzuty: Naruszenia przez zamawiającego Art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia i

Naruszenia przez zamawiającego Art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 tej ustawy przez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - A. J. B. z uwagi zmianę jej treści na skutek zmiany oświadczenia w sprawie powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom.

Tym samym zarzut naruszenia ustawy – art. 89 ust. 1 pkt 3 w związku z przepisami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie został przez odwołującego postawiony.

W tym zakresie powołany przez zamawiającego wyrok Izby sygn. akt KIO 773/17 nie mógł mieć zastosowania, gdyż dotyczył innego stanu faktycznego, to nie wykonawcy, któremu udostępniono zasoby stawiany był zarzut czynu nieuczciwej konkurencji, ale wykonawcy p. S., który składał oferty na kilka zadań i udostępniał zasoby. Tym samym rozważania tegoż wyroku nie dają się przełożyć na ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny, także z tego powodu, że w ocenie Izby zarzut zaniechania odrzucenia oferty złożonej w czynie nieuczciwej konkurencji nie został postawiony.

Izba zważyła, co następuje:

33

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość

poniesienia szkody w związku z czynnościami lub zaniechaniami zamawiającego, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania.

Naruszenia przez zamawiającego Art. 22 ust. 1 pkt. 2 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu wiedzą i doświadczeniem niezbędnymi do realizacji zamówienia

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego i prawnego zamawiający zaniechał wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo tego, że oświadczenia samego wykonawcy jak i podmiotu udostępniającego zasób doświadczenia nie dają gwarancji realności udostępnienia zasobu. Tym samym na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy zamawiający był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy, a nie uczynił tego, czym dopuścił się naruszenia ustawy.

Naruszenia przez zamawiającego Art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 tej ustawy przez zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - A. J. B. z uwagi zmianę jej treści na skutek zmiany oświadczenia w sprawie powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcom.

Zarzut potwierdził się. Jak wynika z ustalonego przez Izbę stanu prawnego ustawodawca nie przewidział na etapie postępowania o udzielenie zamówienia możliwości zmiany oświadczenia o samodzielnym wykonaniu zamówienia, a tym samym sugestia zamawiającego wynikająca z wezwania do uzupełnienia dokumentów i wyjaśnień z dnia 4 kwietnia 2017r. doprowadziła do nieuregulowanej ustawą zmiany oferty. W ocenie Izby wbrew stanowisku zamawiającego zmiana ta ma charakter istotnych, gdyż dotyczy zakresu i sposobu odpowiedzialności przystępującego wobec zamawiającego za wykonanie przedmiotu zamówienia. Co oznacza, że zmiana taka była nie dopuszczalna na gruncie art. 87 ust. 1 ustawy, a w konsekwencji spowodowała, że oferta jest wewnętrznie niespójna oraz zmieniona w sposób niezgodny z ustawą. W ocenie Izby oferta jest zatem niezgodna z

34

ustawą i jako taka podlega odrzuceniu, czego zamawiający zaniechał, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy.

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

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm. z 2017r. poz. 47) zaliczając na poczet kosztów postępowaniu uiszczony przez odwołującego wpis oraz nakazując zamawiającemu dokonanie zwrotu na rzecz odwołującego kosztów związanych z wniesionym wpisem oraz kosztami dojazdu i zastępstwa prawnego, zgodnie ze złożoną fakturą VAT ograniczając wysokość wynagrodzenia do maksymalnej kwoty dopuszczalnej przez rozporządzenie.

Przewodniczący:

35