

WYROK
z dnia 7 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2017 r. przez wykonawcę **R. sp. z o.o. we W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we W.**

przy udziale wykonawcy **E. S.A. we W.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, a także powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
2. kosztami postępowania obciąża **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we W. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **R. sp. z o.o. we W.** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we W.** na rzecz wykonawcy **R. sp. z o.o. we W.** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

1

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.) 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

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we W. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń iluminacji obiektów budowlanych we Wrocławiu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 marca 2017 r., nr ...

14 czerwca 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy R. sp. z o.o. we W., zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę E. S.A. we W., zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,

odwołujący wniósł 26 czerwca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez niezasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, pomimo że odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 2 pkt 5 Pzp przez wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego, pomimo iż zastosowana przesłanka odrzucenia nie ma zastosowania i umocowania w zaistniałym stanie faktycznym.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3

4) wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że czynność zamawiającego polegająca na wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty, a w konsekwencji wybór najkorzystniejszej oferty nastąpiły z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Argumentował, że nie można się zgodzić z uzasadnieniem wykluczenia odwołującego z postępowania, że czynności wskazane w załączniku do umowy współpracy odwołującego z podmiotem trzecim w poz. 1, 11, 12 i 13 powinny być przypisane do wykonania podmiotowi trzeciemu z tego powodu, że są zaliczone do czynności eksploatacyjnych - w świetle treści złożonego przez ten podmiot zobowiązania. W ocenie odwołującego taka podstawa wykluczenia nie znajduje uzasadnienia w dokumentacji postępowania, a ponadto jest wynikiem błędnej oceny przez zamawiającego złożonych przez odwołującego dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu. Uznanie przez zamawiającego, iż czynności z poz. 1, 11, 12 i 13 załącznika do umowy współpracy należy przypisać tylko i wyłącznie do czynności eksploatacyjnych jest niewłaściwe. Wskazywał, że zamawiający w SIWZ nie wydzielił czy wypunktował czynności z podziałem na te, które uważa się za eksploatacyjne i na te, które uważa się za konserwacyjne. Wręcz przeciwnie, zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia w pkt 2a dokonuje ogólnego określenia czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych. Argumentował, że trudno zatem utożsamiać pewne czynności jako konserwacyjne, czy eksploatacyjne w sytuacji, gdy nie ma ich jasnego rozdziału. Biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia i bazując na zakresie czynności jakie mają być wykonywane w ramach zamówienia, można różnie traktować te czynności w sensie ich przypisania czy to do konserwacji, czy eksploatacji (chyba że już w swojej nazwie czynności zawierają takie odniesienie), gdyż te dwa pojęcia są do siebie bardzo zbliżone znaczeniowo i często są na przemian stosowane. Wskazywał jako przykład, że traktowanie tych czynności może być różnie przypisywane, można podać, iż odwołujący wskazał w pkt 14 załącznika do umowy o współpracy na czynność wymiany kompleksowej źródeł światła, która została przydzielona podmiotowi trzeciemu, a zatem potraktowano ją jako czynność eksploatacyjną (idąc tokiem rozumowania zamawiającego, że prowadzenie eksploatacji winno należeć do podmiotu trzeciego). Natomiast zamawiający w załączniku nr 2 do opisu przedmiotu zamówienia (instrukcja ruchu i eksploatacji) w części II pkt 2.1 lit. g) dla pozycji konserwacja wskazał, iż obejmuje ona m.in. wymianę źródeł światła. Tym samym czynność wymiany źródeł światła przez odwołującego została potraktowana jako czynność eksploatacyjna, a przez zamawiającego jako czynność konserwacyjna.

Zdaniem odwołującego powyższe wskazuje, iż to jak wykonawcy będą traktować poszczególne czynności składające się na wykonanie zamówienia, zostało pozostawione do ich własnego uznania i nie było w żaden sposób ograniczone przez zamawiającego. A zatem

4

wskazana przez zamawiającego podstawa wykluczenia, tj. uznanie czynności z poz. 1, 11, 12 i 13 załącznika do umowy współpracy za eksploatacyjne, sama w sobie nie może stanowić okoliczności powodującej wykluczenie odwołującego z postępowania, gdyż nie znajduje oparcia w wymaganiach zamawiającego.

W ocenie odwołującego zamawiający nie dokonał właściwie oceny prawidłowo złożonych przez odwołującego dokumentów, które potwierdzają spełnianie warunku udziału, dla którego wykorzystano zasoby podmiotu trzeciego. W celu wykazania spełniania warunku odwołujący polegał na zasobach podmiotu trzeciego, tj. firmy E. Z. U. E. J. T. (dalej E.). Zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawcy powołujący się na zasoby innych podmiotów mieli udowodnić, iż realizując zamówienie będą dysponować niezbędnymi zasobami tych podmiotów, czego potwierdzeniem mogło być w szczególności stosowne zobowiązanie takiego podmiotu. Odwołujący wywiódł, że składane zobowiązania podmiotów trzecich (lub inne dokumenty) mają stanowić zapewnienie i potwierdzać, że udostępniane zasoby będą w sposób realny i rzeczywisty mogły być wykorzystane przez wykonawcę, co ma z jednej strony wykazać spełnienie postawionego warunku, a z drugiej strony ma stanowić gwarancję dla zamawiającego co do należytego wykonania zamówienia.

Odwołujący podniósł, że spełnił wymogi SIWZ przedstawiając zobowiązanie E. jak i referencje, co do których zamawiający nie miał zastrzeżeń i uznał, że potwierdzają spełnianie wymaganego warunku udziału w postępowaniu, czemu dał wyraz w przekazanej informacji o wykluczeniu uznając, że zobowiązanie spełnia wymóg art. 22a ust. 4 ustawy Pzp. Również złożona zamawiającemu umowa współpracy z podmiotem trzecim uzupełnia zakres informacji mający jednoznacznie wykazać realny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Odwołujący wywiódł, że dziwi go czynność jego wykluczenia z postępowania. Zamawiający, oprócz błędnej i nieuzasadnionej podstawy wykluczenia (jak wskazano w pkt 1 uzasadnienia odwołania), nie wskazał na żadne merytoryczne okoliczności, które upoważniałyby zamawiającego do podjęcia takiej decyzji. Może to jedynie tłumaczyć, że zamawiający błędnie rozumie postanowienia art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, jak i cel jakiego ten przepis ma służyć oraz składane w tym celu dokumenty. Zamawiający uznał bowiem niesłusznie, że w sytuacji, gdy wykonawca w celu wykazania spełniania warunku polega na zasobach podmiotu trzeciego, to podmiot ten powinien realizować cały zakres, który jest opisany w warunku udziału. Odwołujący podniósł, że każdy przypadek należy rozpatrywać w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia, który nie zawsze bywa jednorodny. Nie zawsze bowiem będzie uzasadnione w świetle złożonych w postępowaniu dokumentów, aby podmiot trzeci wykonywał cały zakres w sytuacji, gdy nie wszystkie czynności, jakie się na ten zakres składają, wymagałyby udziału tego podmiotu dla zapewnienia należytego wykonania zamówienia. Tak też jest w przedmiotowym postępowaniu. Przedmiotem postępowania jest prowadzenie czynności eksploatacji i konserwacji urządzeń

5

iluminacyjnych. Odwołujący wskazał, iż rozdzielony zakres czynności pomiędzy odwołującego a podmiot trzeci pokazany w załączniku do umowy o współpracy, powstał w oparciu o zdobyte doświadczenia w szczególności podmiotu trzeciego. Podkreślał, że podmiotowi trzeciemu zostało przydzielone 11 z 17 czynności, które z punktu widzenia realizacji zamówienia stanowią kompleksowy zakres wykorzystania doświadczenia i wiedzy podmiotu trzeciego, który gwarantuje należyte wykonanie zamówienia.

Zdaniem odwołującego nie bez znaczenia w kontekście rozpatrywania treści zobowiązania podmiotu trzeciego i wskazanego podziału zakresu czynności w oparciu o przedstawioną umowę współpracy odwołującego z podmiotem trzecim jest również pokazanie zamawiającemu dotychczas zdobytego doświadczenia samego odwołującego. Zamawiającemu zostały przedstawione własne referencje odwołującego, które wykazują, że firma R. Sp. z o.o. również ma doświadczenie w świadczeniu wymaganych w warunku rodzaju usług, tj. eksploatacji iluminacji, jak również w ich konserwacji. Podkreślał, że w sytuacji polegania na zasobach podmiotu trzeciego składane dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału powinny być analizowane w oparciu o cel jakiego one służą, tj. mają wykazać, że udostępnione zasoby będą w sposób realny i rzeczywisty dostępne dla wykonawcy, co będzie stanowiło również gwarancję należytego wykonania zamówienia. Odwołujący wywiódł, że na podstawie złożonych dokumentów, tj. zobowiązania podmiotu trzeciego, umowy o współpracy wraz z załącznikiem, jak również dokumentów potwierdzających własne doświadczenie, wykazał potwierdzenie spełnienia warunku udziału, w tym realny i rzeczywisty udział podmiotu trzeciego jako podwykonawcy w realizacji

przedmiotowego zamówienia oraz gwarancję do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie posiedzenia i rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca E. S.A. we W. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie posiedzenia i rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę złożoną przez odwołującego, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego w trybie art. 26

6

ust. 3 Pzp, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego skierowane do odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, odpowiedź odwołującego na ww. wezwanie, wezwanie zamawiającego z 8 czerwca 2017 r., pismo odwołującego z 11 czerwca 2016 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu odwołującego z 14 czerwca 2017 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, pismo procesowe przystępującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę E. S.A. we W., uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu, zaś jego oferta była w świetle kryteriów oceny ofert ofertą korzystniejszą od oferty wybranej. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń iluminacji obiektów budowlanych we Wrocławiu (rozdział III pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia - SIWZ). Opis przedmiotu zamówienia został zawarty w załączniku do SIWZ (rozdział III pkt 2 SIWZ). W rozdziale III pkt 8 ppkt 2 zamawiający zażądał wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców zgodnie z rozdziałem VII.

7

W rozdziale IV pkt 1 SIWZ zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy *spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności*

zawodowej jeżeli wykaże, że wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie 3 trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienie lub zamówienia polegające na prowadzeniu eksploatacji iluminacji obiektów zabytkowych, w ciągu kolejnych maksymalnie 12 miesięcy, w ilości minimum 2000 szt. opraw jednocześnie (reflektorów, naświetlaczy), w tym:

- na wieżach: minimum 30 szt.,
- na konstrukcjach mostowych: minimum 250 szt.,
- na dachach: minimum 80 szt.

W rozdziale IV pkt 4 SIWZ zamawiający określił, że wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w rozdz. IV. 1. 2) niniejszej SIWZ, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W rozdziale IV pkt 5 SIWZ wskazano, że Zamawiający jednocześnie informuje, iż „stosowna sytuacja” o której mowa w rozdz. IV. 4 niniejszej SIWZ, wystąpi wyłącznie w przypadku, kiedy:

- 1) Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udowodni 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.
- 2) Zamawiający oceni, 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 zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–23.
- 3) 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.

W rozdziale VI pkt 1 SIWZ wskazano, że do oferty każdy wykonawca musi dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

- 1) nie podlega wykluczeniu z postępowania,
- 2) spełnia warunki udziału w postępowaniu.

8

W rozdziale VI pkt 2 SIWZ przewidziano, że oświadczenie, o którym mowa w pkt 1. wykonawca zobowiązany jest złożyć w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE, zwanego dalej „jednolitym dokumentem”. Jednolity dokument przygotowany wstępnie przez zamawiającego dla przedmiotowego postępowania jest dostępny na stronie internetowej zamawiającego w miejscu zamieszczenia niniejszej SIWZ (załącznik do SIWZ). Wykonawca w części IV formularza jednolitego dokumentu może ograniczyć się do wypełniania sekcji a.

W rozdziale VI pkt 5 SIWZ zamawiający przewidział, że zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w pkt 1.

W rozdziale VI pkt 6 SIWZ wskazano, że na wezwanie zamawiającego wykonawca zobowiązany jest złożyć m.in. wykaz usług, potwierdzający spełnianie warunku uczestnictwa określonego w rozdz. IV pkt 1. 2) a) SIWZ wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub

ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W rozdziale VII SIWZ zamawiający wskazał m.in. co następuje:

1. Wykonawca może, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.
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.

9

3. Zamawiający oceni, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 ustawy Pzp.
4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
8. Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:
 - a) jest zobowiązany wypełnić część II sekcja D jednolitego dokumentu, w tym, o ile jest to wiadome, podać firmy podwykonawców;
 - b) nie jest zobowiązany do przedstawienia dla każdego podwykonawcy informacji wymaganych w części II Sekcja A i B oraz części III jednolitego dokumentu.
 - c) jest zobowiązany wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

Do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył przystępujący i odwołujący.

Ustalono także, że odwołujący w swym formularzu ofertowym oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania żadnych części zamówienia. Nie podał również żadnej firmy podwykonawcy (pkt 12 formularza ofertowego, w ofercie odwołującego).

Odwołujący załączył do swej oferty m.in. oświadczenie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). W części II JEDZ w pkt C (informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów) w wierszu 1 wykonawca ten 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” zaznaczył odpowiedź „TAK”. W części II JEDZ w pkt D (informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega) na pytanie „czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia) odwołujący złożył oświadczenie „NIE”.

Ustalono również, że do oferty odwołujący załączył pisemne zobowiązanie firmy J.T., Z. „E.” w G. z 6 kwietnia 2017 r. do oddania odwołującemu zasobu wiedzy i doświadczenia. W zobowiązaniu tym wskazano, że udostępnia się zasoby w zakresie *cyklicznych szkoleń z obsługi urządzeń będących przedmiotem zamówienia i odrębnej umowy pomiędzy firmą E. i R. sp. z o.o. w celu właściwej realizacji przedmiotu zamówienia*. Z zobowiązania wynika, że firmę Z. E. łączy z odwołującym umowa współpracy, zakres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia ma charakter szkoleniowy. Natomiast okres udziału podmiotu

10

trzeciego przy wykonywaniu zamówienia obejmuje czas trwania umowy między odwołującym a Z. W.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 21 kwietnia 2017 r. wezwał odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 do wyjaśnienia treści złożonej oferty, tj. treści załącznika wzór pisemnego zobowiązania. Zamawiający zwrócił uwagę, że w pisemnym

zobowiązaniu firma Z. E. J. T. zobowiązała się do oddania do dyspozycji wiedzy i doświadczenia w zakresie „cyklicznych szkoleń (...)”. Wskazał, że w dokumencie JEDZ odwołujący poinformował, że będzie polegał na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, oświadczając przy tym w pkt 12 formularza, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom wykonania części zamówienia. Zamawiający przypomniał, że zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących m.in. doświadczenia, wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zamawiający wskazał, że *jeżeli zatem wykonawca będzie polegać na zdolności innego podmiotu, tj. firmy E. w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w Części IV JEDZ, jak również w rozdz. IV pkt 2 SIWZ Zamawiający wzywa do złożenia poprawnie wypełnionego załącznika wzór pisemnego zobowiązania, wskazując w nim właściwy zakres zasobów udostępnionych przez firmę E. oraz o potwierdzenie w pkt 12 załącznika formularz ofert, że firma E. będzie podwykonawcą części zamówienia ze wskazaniem, jakiej części to podwykonawstwo dotyczy.*

W dalszej kolejności ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca złożył w dniu 26 kwietnia 2017 r. poprawiony formularz oferty, w którym w pkt 12 wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie pomiarów i badań eksploatacyjnych zgodnie z „Instrukcją Ruchu i Eksploatacji”. Wskazał tam także, że część zamówienia zostanie powierzona E. Z. U. E. Do swego pisma odwołujący załączył także pisemne zobowiązanie firmy J. T., Z. „E.” w G. z 11 kwietnia 2017 r. do oddania odwołującemu zasobów kadrowych wraz z jego wykształceniem, kwalifikacjami zawodowymi i doświadczeniem, jak również zdolności technicznych. W zobowiązaniu tym wskazano, że udostępnia się zasoby w zakresie *pomiarów i badań eksploatacyjnych zgodnie z „Instrukcją Ruchu i Eksploatacji” w celu właściwej realizacji przedmiotu zamówienia wykonanie prac na podstawie zlecenia R. Z zobowiązania wynika, że firmę Z. E. łączy z odwołującym umowa współpracy, zakres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia jest zgodny ze zleconym zakresem prac podwykonawczych. Natomiast okres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia obejmuje czas trwania umowy między odwołującym a Z. W.*

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 8 czerwca 2017 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień dotyczących wykazu usług. W piśmie tym zamawiający

11

poinformował, że wskazane przez odwołującego w wykazie zamówienie nie potwierdza spełnienia warunku uczestnictwa określonego w rozdziale IV pkt 1 2 a SIWZ, ponieważ zgodnie z art. 22a ust. 4 pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawca może polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że firma Z. E. J. T., na której zasoby powołuje się odwołujący w celu spełnienia warunku uczestnictwa, będzie musiała realizować, jako podwykonawca, usługi w całym zakresie eksploatacji i konserwacji urządzeń iluminacji, a nie tylko w zakresie pomiarów i badań eksploatacyjnych zgodnie z „instrukcją ruchu i eksploatacji”.

W odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z 11 czerwca 2017 r. W piśmie tym oświadczył, że zamówienie będzie wykonywał przy udziale podmiotu trzeciego, tj. E. Z. U. E. J. T. – jako podwykonawcy. Wskazał, że *podwykonawca ten będzie brał udział w realizacji zamówienia w zakresie prowadzenia eksploatacji iluminacji obiektów, zgodnie z przedmiotem zamówienia. Wskazany wyżej podwykonawca udostępni swoją wiedzę i doświadczenie adekwatnie do zdolności wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku, tj. prowadzenia eksploatacji iluminacji obiektów.* Wskazał, że wobec pkt 12 oferty odwołującego brzmi: „zamierzamy powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: eksploatacja iluminacji obiektów”, zaś wykonanie części zamówienia zamierza powierzyć E. Z. U. E. J. T. Odwołujący w piśmie tym oświadczył, że *przygotowując ofertę od początku zakładał wykorzystanie wiedzy i doświadczenia podmiotu E. we wskazanym powyżej zakresie. Wynika to z ustalonego wcześniej przez odwołującego z E. zakresu współpracy, czego potwierdzeniem jest udział E. określony w umowie współpracy z tym podmiotem podpisanej w dniu 1 kwietnia br. W § 2 ust. 2 lit. d powyższej umowy wskazano na ścisłą i czynną współpracę w prowadzeniu przez podmiot trzeci zarówno zadań z eksploatacji jak i konserwacji przedmiotu zamówienia (załącznik nr 3). Ponadto oświadczył,*

że przedstawia również własne referencje, które wykazują, że odwołujący również ma doświadczenie w świadczeniu wymaganych w warunku rodzaju usług tj. eksploatacji iluminacji, jak również w ich konserwacji. To dodatkowo zapewnia, że realizacja umowy będzie wykonywana przez podmioty mające wiedzę i doświadczenie w tego rodzaju zamówienia i stanowią gwarancję należytego ich wykonania.

Do swego pisma odwołujący załączył także pisemne zobowiązanie firmy Jerzy Tarasewicz, Z. „E.” w G. z 6 kwietnia 2017 r. do oddania odwołującemu wiedzy i doświadczenia. W zobowiązaniu tym wskazano, że udostępnia się zasoby w zakresie eksploatacji iluminacji obiektów w celu prowadzenia eksploatacji iluminacji obiektów w celu właściwej realizacji przedmiotu zamówienia. Z zobowiązania wynika, że firmę Z. E. łączy z odwołującym umowa współpracy - podwykonawstwo, zakres udziału podmiotu przy

12

wykonywaniu zamówienia jest zgodny ze zleconym zakresem prac podwykonawczych. Natomiast okres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia obejmuje czas trwania umowy między odwołującym a Z. W.

Do pisma załączono także umowę współpracy nr ZDIUM.LG.2017.E. zawarta w dniu 1 kwietnia 2017 r. pomiędzy odwołującym a firmą E. Z. U. E., J. T.Z § 2 ust. 2 umowy współpracy wynika, że firma E. zobowiązuje się m.in. do ścisłej, czynnej współpracy przy realizacji powierzonych zadań eksploatacyjnych i konserwacyjnych rozliczanych na podstawie stosownych protokołów odrębnych zleceń. Zakres współpracy został określony w załączniku nr 1 do umowy. Z załącznika nr 1 do ww. umowy wynika następujący podział czynności:

I.p. Zakres czynności podstawowych wymaganych w Realizowane przez:

SIWZ

Zakres czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych R. E. iluminacji obiektów zabytkowych zgodnie z „Instrukcją Ruchu i Eksploatacji” iluminacji obiektów we W.

- a) Czynności eksploatacyjne i konserwacyjne zlecane co miesiąc i rozliczane wg stawki ryczałtowej dla 3338 szt. opraw z powszechnie używanymi źródłami światła (metalohalogenkowe, świetlówkowe, sodowe, ledowe)
 - 1 Obsługa i przeglądy techniczne urządzeń, aparatury R. zasilającej i zabezpieczającej, pomiarowej i sterowniczej w szafkach i tablicach – co najmniej 1 raz w miesiącu
 - 2 Stała dbałość o estetykę urządzeń iluminacji E. (czyszczenie szyb, usuwanie chwastów wokół opraw chodnikowych, pajęczyn i owadów z reflektorów i konstrukcji
 - 3 Przeglądy czynnych źródeł światła i sprawdzenie E. ustawienia reflektorów w porze nocnej nie rzadziej niż 1 raz w tygodniu
 - 4 Pomiary i badania eksploatacyjne zgodnie z E. „Instrukcją Ruchu i Eksploatacji” iluminacji obiektów we W.
 - 5 Malowanie i konserwacja metalowych konstrukcji, R. tablic rozdzielczych i szafek
 - 6 Przyjmowanie zgłoszeń o nieprawidłowym działaniu E. iluminacji, raportowanie i usuwanie uszkodzeń w

13

ciągu 2 dni

- 7 Likwidacja wszelkich awarii i usterek w urządzeniach E. iluminacji obiektów do 2 dni, tj. zużyte źródła światła, uszkodzone wyposażenie opraw (dławiki, układy zapłonowe, oprawki, zaciski)
- 8 Kontrole stanu technicznego urządzeń iluminacji E. obiektów nie rzadziej niż 1 raz w tygodniu

- 9 Usuwanie w trybie natychmiastowym zagrożeń E.
bezpieczeństwa ruchu drogowego oraz zdrowia i życia
ludzi, spowodowanych przez urządzenia iluminacji
obiektów i pisemne powiadamianie Zamawiającego o
zaistniałych zdarzeniach
- 10 Prowadzenie książki eksploatacyjnej dla każdego E.
iluminowanego obiektu zawierającej: schematy
jednokreskowe obwodów zasilanych z danej szafki z
rodzajem i protokoły oprav źródeł światła,
przeprowadzonych pomiarów, daty stwierdzonych
awarii dla każdego urządzenia na poszczególnych
obiektach i daty ich usunięcia, daty z
przeprowadzonych kontroli, oględzin i stwierdzonymi
w tych dniach usterkami
- b) Czynności rozliczane wg kosztorysów powykonawczych na podstawie odrębnego
zlecenia
- 11 Wymiana oprav z ledowymi źródłami światła R.
- 12 Wymiana uszkodzonych: oprav (w tym R.
zdeastowanych), konstrukcji wsporczych (słupów,
wsporników, wysięgników) oraz zegarów sterujących
- 13 Wymiana uszkodzonych kabli, szafek R.
- 14 Wymiana kompleksowa źródeł światła E.
- 15 Roboty dodatkowe związane z ewentualną E.
przebudową iluminacji obiektów
- c) Czynności wykonywane z udziałem zamawiającego
- 16 kontrola sprawności iluminacji w porze nocnej na R.
życzenie Zamawiającego nie rzadziej niż jeden raz w
miesiącu
- 17 Oględziny i kontrole techniczne urządzeń iluminacji E.

14

na życzenie Zamawiającego nie rzadziej niż 1 raz w
roku.

Ustalono również, że zamawiający pismem z 14 czerwca 2017 r. przestał
odwołującemu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez
przystępującego oraz o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie
art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu
i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym
czynności wykluczenia zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego
odwołujący wyjaśnił, że zakres podwykonawstwa firmy Z. E. będzie obejmował eksploatację
iluminacji obiektów, na potwierdzenie czego załączył stosowne pisemne zobowiązanie. Treść
tego dokumentu spełnia przesłanki art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, jednakże przeczy temu
załącznik nr 1 do umowy współpracy technicznej nr ZDiUM.LG.2017.E. z dnia 01.04.2017 r.,
z którego treści wynika, że zarówno wykonawca, tj. R. Sp. z o.o., jak i podmiot użyczający
doświadczenie, tj. Z. E., będą realizowały zamówienie w zakresie eksploatacji urządzeń
iluminacji. Czynności określone w poz. 1, 11, 12 i 13 ww. załącznika dotyczą eksploatacji, a
nie konserwacji, a zatem w świetle art. 22a ust. 4 Pzp wykonywać je powinien podmiot
użyczający zdolności techniczne.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia
wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu
(...).

Zgodnie z art. 22 a ust. 1 Pzp, 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.

Stosownie do art. 22 a ust. 4 Pzp, 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.

Przepisy te stanowią implementację do prawa krajowego przepisu art. 63 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie

15

zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. L 94 z 28.3.2014, s. 65). Przepis ten stanowi, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Z ww. przepisów wynika zatem prawo wykonawcy, do powołania się – celem wykazania warunków udziału w postępowaniu – na zasoby podmiotów trzecich. Dostrzeżenia przy tym wymaga, że w przypadku m.in. zasobu wiedzy i doświadczenia - prawodawca unijny i ustawodawca krajowy wprowadzili pewne daleko idące ograniczenia. Mianowicie dopuszczalność polegania na m.in. takim zasobie została uzależniona od tego, czy podmiot trzeci zrealizuje roboty budowlane i usługi do realizacji których zasób jest potrzebny. Powyższe oznacza obowiązek zapewnienia podwykonawstwa podmiotu trzeciego, które powinno być nie tylko zadeklarowane ale i egzekwowane w trakcie wykonywania roboty czy usługi. Cel wprowadzenia tych regulacji był oczywisty, mianowicie ograniczenie zjawiska handlu referencjami. Przepisy te służą także zapewnieniu zamawiającemu, że udostępniony przez podmiot trzeci zasób rzeczywiście i realnie zostanie wykorzystany w trakcie realizacji zamówienia. Z przepisów tych wynika ponadto, że konieczność zrealizowania przez podmiot trzeci usługi lub roboty budowlanej jako podwykonawca dotyczącej tej części przedmiotu zamówienia, do realizacji której był wymagany udostępniany zasób.

Wymagany od wykonawców zasób (warunek) wiedzy i doświadczenia zamawiający opisał w rozdziale IV ust. 1.2 lit. a SIWZ. Oczekiwał wiedzy i doświadczenia rozumianego jako *wykonanie*, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również *wykonywanie*, w okresie 3 trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zamówienia lub zamówień polegających na prowadzeniu eksploatacji iluminacji obiektów zabytkowych, w ciągu kolejnych maksymalnie 12 miesięcy, w ilości minimum 2000 szt. opraw jednocześnie (reflektorów, naświetlaczy), w tym: - na wieżach: minimum 30 szt., - na konstrukcjach mostowych: minimum 250 szt., - na dachach: minimum 80 szt. Zamawiający wymagał zatem posiadania przez wykonawców

16

wiedzy i doświadczenia nabytych wskutek co najmniej jednokrotnego wykonania w ostatnim okresie usługi polegającej na prowadzeniu eksploatacji iluminacji obiektów zabytkowych o określonej ilości (skali). Oczywistym jest zatem, że tak sprecyzowany zasób wiedzy i doświadczenia był niezbędny w celu realizacji tej części przedmiotu zamówienia, którą można było określić mianem prowadzenia eksploatacji iluminacji obiektów zabytkowych. Dostrzeżenia wymagało jednak, że przedmiot zamówienia w tym postępowaniu był szerszy i nie ograniczał się wyłącznie do prowadzenia eksploatacji iluminacji obiektów zabytkowych ale obejmował także konserwację tej iluminacji. Wskazywał na to tytuł samego postępowania, traktujący o czynnościach eksploatacyjnych i konserwacyjnych, a także opis przedmiotu zamówienia, stanowiący załącznik do SIWZ. W tym ostatnim dokumencie w pkt 2

wskazano, że przedmiot zamówienia obejmuje nie tylko czynności eksploatacyjne ale i konserwacyjne iluminacji. Tymczasem warunek udziału w postępowaniu z rozdziału IV 1.2 a SIWZ dotyczy wyłącznie posiadania wiedzy i doświadczenia w prowadzeniu eksploatacji iluminacji takich obiektów. W tej sytuacji, w świetle art. 22a ust. 4 Pzp podmiot trzeci, na którego zasobie wiedzy i doświadczenia w prowadzeniu eksploatacji iluminacji obiektów zabytkowych odwołujący się oparł, musiał zrealizować usługę jedynie w zakresie eksploatacji iluminacji obiektów zabytkowych. Nie musiał natomiast realizować usługi w części dotyczącej konserwacji iluminacji obiektów, gdyż nie dotyczył jej rozpatrywany warunek i udostępniany zasób. Ta część usługi mogła być zatem wykonana przez odwołującego samodzielnie.

Podzielono stanowisko odwołującego, że zamawiający nie dokonał w SIWZ precyzyjnie podziału czynności na wchodzące w zakres „prowadzenia eksploatacji iluminacji” i „konserwacji iluminacji” obiektów zabytkowych. Analiza treści SIWZ, zwłaszcza opisu przedmiotu zamówienia i załączników do niego prowadziła do wniosku, że zamawiający posługiwał się tymi pojęciami niekonsekwentnie. W SIWZ znajdowały się postanowienia, w których o obu zakresach wspomniano rozłącznie. Jak już wcześniej wskazano w samym warunku wiedzy i doświadczenia była mowa wyłącznie o prowadzeniu eksploatacji iluminacji obiektów. Nawet w tytule postępowania była mowa odrębnie o czynnościach eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń iluminacji. W pkt III. 3 SIWZ zamawiający podając kody Wspólnego Słownika Zamówień wymienił odrębnie kod 50232100-1 „usługi w zakresie konserwacji oświetlenia ulicznego” i kod 50232110-4 (obsługa instalacji oświetlenia publicznego). Również w uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego zamawiający te zakresy traktował rozłącznie. Zarzucił bowiem odwołującemu, że czynności z 1, 11, 12, i 13 umowy współpracy (które odpowiadały odpowiednim postanowieniom z pkt 2 OPZ) są czynnościami eksploatacyjnymi a nie konserwacyjnymi. Jednocześnie nie zakwestionował, że pozycje 5 i 16 z umowy współpracy są czynnościami konserwacyjnymi iluminacji, a nie eksploatacyjnymi.

17

Z drugiej zaś strony, w innych postanowieniach SIWZ np. w załączniku nr 2 do OPZ (instrukcja ruchu i eksploatacji) w nagłówkach pkt I, II, III była mowa o eksploatacji iluminacji rozumianej jako pojęcie szersze, obejmujące również konserwację. Zamawiający w trakcie swej wypowiedzi w toku rozprawy zdawał się nawiązywać do tego ostatniego rozumienia. Utrzymywał bowiem, powołując się właśnie na załącznik nr 2 do OPZ, że prowadzenie eksploatacji iluminacji obejmuje również konserwację, czym – w ocenie Izby – zmieniał stanowisko wynikające choćby z uzasadnienia czynności wykluczenia. Ponadto, nie wiadomo dlaczego wymiana uszkodzonych kabli i szafek, wymiana uszkodzonych opraw, konstrukcji wsporczych oraz zegarów sterujących, a także wymiana opraw z ledowymi źródłami światła (pozycje 11-13 załącznika nr 1 do umowy współpracy z 1.04.2017 r.) musi być uznana za eksploatację a nie np. za konserwację w sytuacji gdy w załączniku nr 2 do OPZ w pkt II.2.1 g) tiret piąte wymiana źródeł światła (usługa z pozycji 14 załącznika nr 1 do umowy współpracy z 1.04.2017 r.) została przez zamawiającego zakwalifikowana jako konserwacja. Czynność ta zdawała się być identyczną z czynnościami z pozycji 11-13, wszak również obejmowała wymianę źródeł światła. W ocenie Izby niekonsekwencja terminologiczna wynikająca z samej treści SIWZ, a także chwiejne stanowisko zamawiającego nie może działać na niekorzyść odwołującego. Zgodnie bowiem ze stanowiskiem utrwalonym w orzecznictwie Izby, niejasne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy.

Nie podzielono natomiast stanowiska odwołującego, jakoby zamawiający bezzasadnie zaniechał uwzględnienia – przy ocenie warunku – doświadczenia własnego odwołującego. Nie było sporne pomiędzy stronami, że zamawiający dopuścił możliwość udowodnienia spełnienia warunku doświadczenia w ten sposób, że wykaże się doświadczeniem w wykonaniu większą niż jedna liczby zamówień w zakresie eksploatacji iluminacji. W tym kontekście dostrzeżenia wymagało, że oprócz doświadczenia podmiotu trzeciego polegającego na wykonaniu eksploatacji iluminacji wymaganej liczby punktów, odwołujący powołał się także na własne doświadczenie w prowadzeniu eksploatacji iluminacji około 293 punktów świetlnych w obiektach zabytkowych w T.. Wskazywał na referencje z 20 lipca 2015 r. załączone do pisma odwołującego z 11 czerwca 2017 r. Wzięto pod uwagę, że odwołujący w złożonym przez siebie wykazie usług, ani w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie wymienił tego

zamówienia w wykazie usług. Powyższe było niezgodne z pkt VI.6.1. a SIWZ, w którym wyraźnie przewidziano, że w celu wykazania warunku należy złożyć także wykaz usług, podając w nim wartość, daty wykonania, zleceńodawców i inne wymagane dane w formie własnego oświadczenia wykonawcy. Nie można było zatem utrzymywać, że odwołujący częściowo posiada doświadczenie wymagane przez zamawiającego, które mogło być zaliczone na poczet warunku, skoro tego faktu nie wykazał w sposób określony w SIWZ. W

18

konsekwencji odwołujący nie może wykonać samodzielnie zamówienia w zakresie prowadzenia eksploatacji iluminacji obiektów zabytkowych, gdyż stanowiłoby to naruszenie art. 22a ust. 4 Pzp.

Biorąc powyższe od uwagę czynność wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu uznano za nieprawidłową i naruszającą przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. W konsekwencji zamawiający naruszył także zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp. Zamawiający naruszył także art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp odrzucając ofertę odwołującego z powodu wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Na marginesie wskazać należy, że ten ostatni przepis nie znajduje zastosowania w postępowaniach jednoetapowych. W postępowaniach takich ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, a skutek ten następuje z mocy prawa (por. art. 24 ust. 4 Pzp). Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamówienia udziela się wykonawcy, wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Udzielenie zamówienia następuje z momentem zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający nie zawarł jeszcze takiej umowy, a zatem nie mógł naruszyć przepisu ustawy Pzp wskazanego przez odwołującego.

Przy wyrokowaniu pominięto zarzut przystępującego, zgodnie z którym oferta odwołującego powinna zostać odrzucona z powodu zmiany jej treści po terminie składania, co miało stanowić naruszenie art. 87 ust. 1 Pzp a on sam powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp z powodu wprowadzenia zamawiającego w błąd. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Zarzutów sformułowanych przez przystępującego próżno było szukać w treści odwołania, zatem Izba pozostawiła je bez rozpoznania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia 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 miało miejsce w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a

19

zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w

piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” J. Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX, 2014, wydanie VI. W analizowanej sprawie, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości zamawiający, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba uwzględniła koszty wpisu od odwołania w wysokości 15.000 zł, zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 powołanego wyżej rozporządzenia, a także wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b tego rozporządzenia.

Przewodniczący: