

Sygn. akt: KIO 1926/16
Sygn. akt: KIO 1938/16

WYROK
z dnia 28 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 26 października 2016 r. w Warszawie odwołań
wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. w dniu 11 października 2016 r. przez wykonawcę **Eco-Plan S.A., ul. Przemysłowa 33,
76-200 Słupsk**

B. w dniu 14 października 2016 r. przez wykonawcę **ROKA Zakład Pracy Chronionej Sp.
z o.o., ul. Polna 14, 97-300 Piotrków Trybunalski**

w postępowaniu prowadzonym przez **24 Wojskowy Oddział Gospodarczy, ul.
Nowowiejska 20, 11-500 Giżycko**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

**(1) DERSŁAW Sp. z o.o., (2) ELPOSERMS Sp. z o.o., (3) DGP CATERING PARTNER
Sp. z o.o., adres dla pełnomocnika: ul. Ruszczańska 24, 28-230 Połaniec** zgłaszających
przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 1926/16 oraz KIO 1938/16
po stronie zamawiającego

1

orzeka:

1. oddala odwołania.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Eco-Plan S.A z siedzibą w Słupsku i
wykonawcę ROKA Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie
Trybunalskim i:**
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr**
(słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Eco-
Plan S.A z siedzibą w Słupsku i wykonawcę ROKA Zakład Pracy Chronionej Sp.
z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim** tytułem wpisów od odwołań,
 - 2.2 zasądza od wykonawcy **Eco-Plan S.A z siedzibą w Słupsku i wykonawcy
ROKA Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim**
na rzecz **24 Wojskowego Oddziału Gospodarczego w Giżycku** kwotę **7 200 zł 00
gr** (słownie: siedem tysięcy złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego
poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, w tym kwotę **3 600
zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) od wykonawcy **Eco-Plan S.A z
siedzibą w Słupsku** oraz kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset
złotych) od wykonawcy **ROKA Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. z siedzibą w
Piotrkowie Trybunalskim**.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień
publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni
od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu
Okręgowego

w Olsztynie.

Przewodniczący:

2

Sygn. akt: KIO 1926/16 KIO 1938/16

Uzasadnienie

Zamawiający: **24 WOJSKOWY ODDZIAŁ GOSPODARCZY w GIŻYCKU** prowadzi
postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: Usługa

sprzątania powierzchni wewnętrznych budynków, terenów zewnętrznych, powierzchni utwardzonych oraz utrzymania terenów zielonych w jednostkach i instytucjach wojskowych zlokalizowanych na terenie administrowanym przez 24 WOG w Giżycku - Znak zamówienia 57/2016. Numer ogłoszenia 2016/S 130-233792 z dnia 08/07/2016 zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Przetarg prowadzony jest w procedurze unijnej z uwagi na wartość zamówienia, która przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp. Został wszczęty 8.07.2016 r., przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 13 lipca 2016 r. poz. 1020) oraz po 18.04.2016 r. tj. po terminie wejścia w życie przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), zwanej „dyrektywą klasyczną” oraz przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, ze zm.), zwanej dalej „dyrektywą sektorową”. W tym stanie rzeczy mają zastosowanie przepisy ustawy obowiązujące przed nowelizacją z 22 czerwca 2016 r. (art. 16 ustawy z 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy pzp oraz niektórych innych ustaw - Dz.U. z 13.07.2016. poz. 1020) oraz przepisy dyrektyw, z uwagi na opóźnienie we wdrożeniu do porządku krajowego i zasadę bezpośredniej skuteczności dyrektyw w odniesieniu do postępowań wszczynanych od 18 kwietnia 2016 r.

Sygn. akt KIO 1926/16

Odwołujący : ECO-PLAN SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Słupsku wniósł odwołanie wobec wyboru oferty **w Zadaniu nr 2** - SOI Giżycko, złożonej przez Konsorcjum Dresław Sp. z o.o., 28-230 Połaniec, ul. Ruszczańska 24, Elposerwis Sp. z o.o. 28-230 Połaniec, Zawada 26, DGP Catering Partner Sp. z o.o., 59-220 Legnica, ul. Najświętszej Marii Panny 14/I, zwane dalej „Konsorcjum”, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy poprzez:
1) zaniechanie wykluczenia Konsorcjum z całego postępowania i odrzucenia jego oferty, w związku z niewykazaniem przez Konsorcjum spełnienia warunku udziału w postępowaniu

3

w zakresie wiedzy i doświadczenia we wszystkich częściach zamówienia, w tym w Zadaniu nr 2- SOI Giżycko, wobec przyjęcia przez Zamawiającego, że Konsorcjum polega na wiedzy i doświadczeniu DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, podczas gdy dokumenty złożone przez Konsorcjum nie potwierdzają faktu realnego przekazania wiedzy i doświadczenia,

2) nieudostępnienie Odwołującemu wyjaśnienia ceny w Zadaniu nr 2 - SOI Giżycko w części dot. Wyjaśnienia i opisu elementów wpływających na cenę, przedłożonego przez Konsorcjum, wobec bezprawnego zastrzeżenia przez Konsorcjum wyjaśnienia jako tajemnicy przedsiębiorstwa, w celu ograniczenia do niego dostępu, co miało zapobiec zakwestionowaniu ww. wyjaśnienia w postępowaniu odwoławczym,

3) zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum, która jest ofertą zawierającą rażąco niską cenę,

4) dokonanie wyboru oferty Konsorcjum, która podlega odrzuceniu ustawowemu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy wobec przeprowadzenia postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i wobec dokonania w Zadaniu nr 2 - SOI Giżycko wyboru oferty sprzecznie z przepisami ustawy oraz zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust.2 pkt 4 i art. 24 ust.4 ustawy wobec zaniechania wykluczenia Konsorcjum z całego postępowania i odrzucenia jego oferty we wszystkich częściach zamówienia, w tym w Zadaniu nr 2- SOI Giżycko, w związku z nie wykazaniem przez Konsorcjum spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,

2) 8 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez uznanie, że wyjaśnienie ceny w Zadaniu nr 2- SOI Giżycko w części dot. Wyjaśnienia i opisu elementów wpływających na cenę, przedłożone przez Konsorcjum i bezprawnie zastrzeżone w celu ograniczenia do niego dostępu, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

3) art. 90 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy wobec zaniechania odrzucenia oferty

Konsorcjum, która zawiera rażąco niską cenę,

4) art. 91 ust.1 Ustawy wobec dokonania wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum, która podlega odrzuceniu ustawowemu.

Odwolujący wnosi o uchylenie skutków prawnych zaskarżonych czynności poprzez:

1) unieważnienie czynności wyboru oferty w Zadaniu nr 2- SOI Giżycko,

2) nakazanie dokonania ponownej oceny i badania oferty Konsorcjum i wykluczenie Konsorcjum z postępowania we wszystkich częściach zamówienia, w tym w Zadaniu nr 2- SOI Giżycko, oraz odrzucenie oferty Konsorcjum,

4

3) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty w Zadaniu nr 2 - SOI Giżycko spośród ofert niepodlegających odrzuceniu, przez co należy rozumieć dokonanie wyboru oferty złożonej przez Odwołującego,

4) nakazanie Zamawiającemu odtajnienia wyjaśnienia ceny w części dot. Wyjaśnienia i opisu elementów wpływających na cenę, złożonego przez Konsorcjum.

Zgodnie z treścią ogłoszenia o zamówieniu i postanowieniami SIWZ Zamawiający opisał sposób oceny spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonywania zamówienia w następujący sposób:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, jeżeli udokumentuje, poprzez złożenie wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych usług (pod pojęciem „głównej usługi” Zamawiający uznaje „usługę utrzymania czystości”), tj. co najmniej 1 usługi - w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotu, na rzecz którego usługa została wykonana, oraz załączy dowody potwierdzające, czy została wykonana lub jest wykonywana należycie (wykaz usług - załącznik nr 5 do siwz).

Wartość wykazanej usługi nie może być mniejsza niż:

na zadanie nr 1 - SOI Węgorzewo -1 000 000,00 zł brutto; **na zadanie nr 2 - SOI Giżycko - 2 000 000,00 zł brutto**; na zadanie nr 3- SOI Suwałki- 500 000,00 zł brutto; na zadanie nr 4- SOI Gołdap - 500 000,00 zł brutto; na zadanie nr 5- SOI Bemowo Piskie - 2 000 000,00 zł
UWAGA:

Dokumentacja postępowania wskazuje, iż Konsorcjum składając ofertę na wszystkie części przedmiotowego zamówienia (tj. na Zadanie nr 1-5):

- nie posiada własnej wiedzy i doświadczenia wymaganego dla jednego, choćby najmniejszego Zadania,
- polega w każdym Zadaniu nr 1 - 5 na wiedzy i doświadczeniu DGP Clean Partner sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy, zwaną dalej „Podmiotem trzecim”.

W załączeniu do oferty Konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w Zadaniach nr 1 - 5 przedłożyło:

- wykaz usług (wg Zał. nr 5 do SIWZ), w którym w odniesieniu do Zadań nr 1 - 5 wskazuje 5 usług wykonanych lub wykonywanych przez Podmiot trzeci, 5 poświadczeń dot. usług wykonanych lub wykonywanych przez Podmiot trzeci oraz 5 zobowiązań Podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Konsorcjum niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu niniejszego zamówienia w Zadaniach nr 1-5.

5

W każdym ze zobowiązań, w tym w zobowiązaniu dot. usługi potwierdzającej spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia w Zadaniu nr 2, Podmiot trzeci oświadcza, że „udostępni Wykonawcy ww. zasoby w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ i warunkami udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także niezbędnym do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, w tym do:

1) świadczenia usług doradczych i konsultacji przy wykonaniu zamówienia:

a. w zakresie optymalizacji metod i technik sprzątnia, w tym efektywnego wyboru środków czyszczących;

b. udostępnienia naszego know-how, dokumentów organizacyjnych wytworzonych w trakcie zrealizowanych już tożsamych inwestycji;

c. przeprowadzenia szkoleń dla osób realizujących zamówienie w imieniu Wykonawcy;

2) bieżącego wsparcia merytorycznego Wykonawcy, w tym w szczególności kontroli nad jakością realizowanych usług w ramach realizacji zamówienia.

Jednocześnie oświadczamy, iż zapewniamy Wykonawcy realny i rzeczywisty dostęp do zasobów Spółki, jej know-how, w pełnym zakresie wymaganym przez Zmawiającego zgodnie z SIWZ i wymaganiami stawianymi mi jeśli idzie o warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Oświadczamy, że będziemy uczestniczyli w realizacji powyższego zamówienia poprzez świadczenie ww. usług na podstawie zawartej z Wykonawcą umowy o współpracy, udostępnianie potencjału będzie odbywać się przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia. ”

Niniejsze zobowiązania wzbudziły uzasadnione wątpliwości po stronie Zamawiającego, który wystąpił do Konsorcjum o: złożenie dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia do wykonywania zamówienia, zgodnie z zapisami rozdziału VII ust. 1 pkt 2 SIWZ lub złożenie wyjaśnień, czy zapisy Z obowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy

niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia w ostatnim akapicie, cyt.: "Oświadczamy, że będziemy uczestniczyli w realizacji powyższego zamówienia poprzez świadczenie ww. usług na podstawie zawartej z Wykonawcą umowy o współpracy, udostępnianie potencjału będzie odbywać się przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia" - należy poczytywać jako podwykonawstwo Podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi Konsorcjum oświadczyło, iż zobowiązanie Podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenie, polegać będzie m.in. na: przeprowadzeniu szkoleń, świadczeniu na rzecz naszego konsorcjum usług konsultingowych, doradztwa technicznego i organizacyjnego (w tym z zakresu doboru środków technicznych, chemii oraz

6

zarządzania zasobami ludzkimi), udostępnienia know-how, m.in. przez udostępnienie dokumentów organizacyjnych wypracowanych w związku z realizacją analogicznych kontraktów, w ramach których Podmiot trzeci posiadał przedmiotową wiedzę i doświadczenie. Natomiast bieżące wsparcie merytoryczne Wykonawcy, w tym w szczególności kontrola nad jakością realizowanych usług przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, obejmować będzie m.in. oddelegowanie do realizacji przedmiotowego zamówienia zatrudnionych w Podmiocie trzecim wysokiej rangi specjalistów - koordynatorów świadczenia usług utrzymania czystości - osób będących „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia Podmiotu trzeciego w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia. Osoby te będą na bieżąco sprawowały bezpośredni nadzór nad realizacją zamówienia przez konsorcjum oraz zostaną uprawnione m.in. do zarządzania zasobami ludzkimi, realizującymi zamówienie.

Podsumowując, podmiot trzeci będzie aktywnie obecny w toku całej realizacji zamówienia, głównie za sprawą oddelegowanych specjalistów różnych branż (technologowie, branżyści itp.), którzy będą koordynować, nadzorować, szkolić osoby wykonujące przedmiot zamówienia, jak i sam proces świadczenia usług. Tym samym brak jest podstaw do twierdzenia, że udostępnienie zasobu przez Podmiot trzeci nie jest realne i że nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia przez konsorcjum.

Podmiot trzeci jest spółką, która współtworzy z członkami niniejszego konsorcjum grupę kapitałową. Mając na uwadze, iż nasza grupa kapitałowa ma wspólne cele oraz wspólnie dąży do ich osiągnięcia, skuteczne i rzeczywiste udostępnienie zasobów naszemu konsorcjum przez Podmiot trzeci leży w interesie całej grupy kapitałowej oraz każdej ze spółek ją tworzących. Odpowiadając na pytanie Zamawiającego wskazujemy, iż Podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą, gdyż nie będzie realizował wyodrębnionej części zamówienia. Powyższe nie zmienia jednak faktu, iż Podmiot trzeci zawarł z konsorcjum umowę o współpracę, mocą której zobowiązał się do realnego udziału w realizacji

zamówienia oraz doradztwa na etapie składania ofert. Co istotne, zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, rzeczywiste udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego nie wymaga udziału tego podmiotu w charakterze podwykonawcy.”.

Z racji jednoznacznego oświadczenia Konsorcjum, że Podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą. gdyż nie będzie realizował wyodrębnionej części zamówienia, należy stwierdzić, iż:

- dokumenty dot. wiedzy i doświadczenia zawarte w ofercie Konsorcjum de facto potwierdzają jedynie posiadanie wiedzy i doświadczenia przez Podmiot trzeci, natomiast nie potwierdzają faktu realnego przekazania wiedzy i doświadczenia Konsorcjum;

7

- zamówienie (w każdej części tj. w Zadaniu nr 1 - 5) będzie realizowało Konsorcjum samodzielnie nie mając własnego doświadczenia potwierdzającego spełnienia ww. warunku w odniesieniu choćby do najmniejszego z Zadań w niniejszym przetargu,

- zobowiązanie Podmiotu trzeciego i uzupełnione oświadczenie w tej sprawie wskazuje na pozorność udostępnienia zasobów wiedzy i doświadczenia,

- Konsorcjum nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w każdej części zamówienia, w tym w Zadaniu nr 2.

Tymczasem posiadanie wiedzy i doświadczenia przez wykonawców jest najważniejszą gwarancją należytego wywiązania się z umówionego zobowiązania. Wiedza i doświadczenie są nierozdzielnie związane z przedsiębiorstwem. Tym samym realne i rzeczywiste wykazanie dysponowania wiedzą i doświadczeniem Podmiotu trzeciego wymaga udziału tego podmiotu przy realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy przynajmniej w tym wymiarze, w jakim wnoszona przez ten podmiot wiedza i doświadczenie są niezbędne dla realizacji danego zamówienia.

Wskazywane przez Konsorcjum doradztwo, konsultacje czy szkolenia nie przenoszą doświadczenia, a jedynie co najwyżej wiedzę (choć i to jedynie wtedy, gdy Konsorcjum z owych porad skorzysta). Doświadczenia bowiem nie można nabyć w inny sposób, niż poprzez wielokrotne powtarzanie danej czynności. Nie może być ono zbywane samodzielnie, gdyż jest nierozdzielnie związane z danym przedsiębiorstwem. Ponadto oddelegowanie do realizacji przedmiotowego zamówienia zatrudnionych w Podmiocie trzecim wysokiej rangi specjalistów -koordynatorów świadczenia usług utrzymania czystości - osób będących „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia, w żaden sposób nie stanowi o przeniesieniu wiedzy i doświadczenia Podmiotu trzeciego, bowiem wiedza i doświadczenie firmy nie są tym samym, co wiedza i doświadczenie jej pracowników, są to elementy rozłączne. Pracownicy Podmiotu trzeciego nie posiadają wiedzy i doświadczenia, które firma zdobyła w trakcie lat swojego istnienia poprzez działania całych grup pracowników, a z kolei pracownik swój potencjał udostępnia firmie tylko przez okres, w którym z nią współpracuje. Zatem konsultacje udzielane przez pracowników Podmiotu trzeciego są wątpliwym sposobem przeniesienia wiedzy i doświadczenia firmy. Przekazywanie wiedzy przez doświadczonych specjalistów Podmiotu trzeciego nie spowoduje nabycia wymaganego doświadczenia przez Konsorcjum. Ponadto z treści złożonych w postępowaniu dokumentów nie wynika, w jaki praktyczny sposób kilku pracowników Podmiotu trzeciego delegowanych do Konsorcjum, których osobista wiedza, wykształcenie i doświadczenie nie zostały opisane, miałyby przekazać Konsorcjum wiedzę i doświadczenie Podmiotu trzeciego. Bez znaczenia, dla przekazania zasobów Podmiotu trzeciego jest również fakt, iż Podmiot trzeci jest spółką, która współtworzy z członkami Konsorcjum grupę kapitałową. Przesądzającym w niniejszej

8

sprawie jest natomiast fakt, że Podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą i nie będzie realizował choćby części zamówienia. W takich okolicznościach oczywistym jest, że Konsorcjum nie ma doświadczenia w wykonywaniu usług sprzątania i będzie je nabywać dopiero w trakcie realizacji niniejszego zamówienia. Tymczasem w myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy zamówienie może realizować tylko taki podmiot, który doświadczenie już posiada, bądź w myśl art. 26 ust. 2b ustawy oprze się na doświadczonym podmiocie, który wymagane doświadczenie posiada. Jednakże w tym ostatnim przypadku, zgodnie z doktryną i judykaturą, ten podmiot trzeci musi realizować zamówienie jako podwykonawca. Tylko i wyłącznie wtedy doświadczenie, które posiada podmiot trzeci, znajdzie jakiegokolwiek przełożenie na realizację przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z opinią UZP w sprawie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, stwierdzającą, że wiedza i doświadczenie są nierozdzielnie związane z przedsiębiorstwem, a zatem dla ich skutecznego wniesienia konieczne jest zaangażowanie podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie w roli podwykonawcy przy realizacji przedmiotu zamówienia publicznego w zakresie nie mniejszym niż ten, do którego odnosi się wiedza i doświadczenie danego podmiotu powołane przez wykonawcę i

uzgodnione w wiążącej ich umowie. W przywołanej opinii UZP podkreśla również, że to na wykonawcy spoczywa ciężar dowiedzenia spełnienia przez niego warunków z art. 22 ust. 1 ustawy. Urząd zgadza się, że dla poprawnego udowodnienia dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia nie zawsze konieczne jest uczestnictwo podmiotu udzielającego zasoby w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Często zależnie od specyfiki delegowanego zasobu wystarczy umowa pożyczki, użyczenia lub potwierdzenie delegowania danego pracownika, albo umowa o współpracy - tak przy udostępnianiu potencjału technicznego lub kadrowego. Jednak w przypadku powoływania się przez wykonawcę na wiedzę i doświadczenie innych podmiotów, dla skutecznego udowodnienia dysponowania tym zasobem niezbędne jest uczestnictwo danego podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. W opinii UZP nie można rozpatrywać wiedzy i doświadczenia w oderwaniu od podmiotu, który je nabył. Wartości te nie mogą być zbywane samodzielnie, gdyż są nierozdzielnie związane z danym przedsiębiorstwem jako wynik jego doświadczeń zawodowych, posiadanej wiedzy i kultury technicznej oraz organizacyjnej, renomy rynkowej czy wreszcie doświadczeń nabytych w toku realizacji podobnych lub tożsamyh zamówień. A zatem wszystkiego „co określa się w piśmiennictwie zapożyczoną nazwą know-how”. Urząd podkreślił również, że doświadczenie jest kwestią faktu, nie zaś kategorią prawną. W oderwaniu od podmiotu można zatem zbyć patent, który stanowi prawną emanację wytworu wiedzy i doświadczenia, nie da się jednak zbyć w oderwaniu od podmiotu, który ją nabył, wiedzy uzyskanej w toku tworzenia wynalazku

9

ani praktycznej umiejętności jego wytworzenia. Doświadczenie jest więc nierozdzielnie związane z bytem prawnym przedsiębiorstwa. Dlatego też poprawne wykazanie dysponowania wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego wymaga udziału tego podmiotu przy realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy przynajmniej w tym wymiarze, w jakim wnoszona przez ten podmiot wiedza i doświadczenie są niezbędne dla realizacji danego zamówienia, co z kolei jest tożsame z zakresem wiedzy i doświadczenia powołanym przez dany podmiot w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W sprzeczności z ww. opinią UZP stała poprzednia linia orzecznicza KIO zarysowana m.in. w wyrokach zacytowanych w piśmie Konsorcjum z dnia 30.09.2016r. stanowiącym odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty.

Zgodnie natomiast z aktualną linią orzeczniczą, KIO podziela przytoczoną wyżej opinię UZP. W Informacji o działalności Krajowej Izby Odwoławczej w 2012 r. Izba wielokrotnie wskazywała, że wiedza i doświadczenie stanowią składniki niematerialne przedsiębiorstwa (know-how), które nie mogą stanowić przedmiotu obrotu w oderwaniu od samego przedsiębiorstwa. Doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób nim zadysponować, przenosząc go na określony podmiot. Powyższy sposób rozumienia wskazanego przepisu uzasadnia jego cel, a przy tym konieczność ograniczenia możliwości swobodnego, często tylko pro forma udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci wykonawcy. Przywołana wykładania art. 26 ust. 2b ustawy wskazuje na konieczność wykazania faktycznej możliwości korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego przy realizacji zamówienia publicznego poprzez fizyczne wykonanie całości bądź części zamówienia publicznego właśnie przez podmiot trzeci. Taki pogląd prezentowany był w orzeczeniach Izby m.in. W sprawach o sygn. akt KIO 2785/10, KIO 945/11, KIO 1468/11, KIO 1473/11, KIO 2294/11, KIO 953/13

Również należy art. 63 ust.1 nowej dyrektywy klasycznej, stanowi:

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

10

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.

W tym stanie rzeczy, wobec jednoznacznego oświadczenia Konsorcjum, że Podmiot trzeci nie będzie podwykonawcą, gdyż nie będzie realizował wyodrębnionej części zamówienia, wykluczenie Konsorcjum z postępowania we wszystkich Zadaniach nr 1 - 5 i odrzucenie jego oferty jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Dokumentacja postępowania wskazuje również, że Zamawiający naruszył art. 8 ust. 1 i 3 oraz art. 96 ust. 3 ustawy w zw. z art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji poprzez uznanie, że wyjaśnienie ceny w Zadaniu nr 2- SOI Giżycko w części dot.

Wyjaśnienia i opisu elementów wpływających na cenę, przedłożone przez Konsorcjum i bezprawnie zastrzeżone w celu ograniczenia do niego dostępu, stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zgodnie z dyspozycją wyrażoną w art. 8 ust. 3 ustawy wykonawca zastrzegając informacje w ofercie w trybie ww. przepisu obowiązany jest wykazać, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Uzasadnienie zastrzeżenia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa zawarte w piśmie Konsorcjum jest bardzo ogólne i niekonkretne. Zawiera stwierdzenia ogólnikowe, przywołuje definicję tajemnicy przedsiębiorstwa oraz orzecznictwo Izby, bez skonkretyzowania rzeczywistych przesłanek przemawiających za skutecznym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa. Nie ma w nim żadnych konkretnych dowodów potwierdzających, że ujawnienie informacji zawartych w Wyjaśnieniu i opisie elementów wpływających na cenę spowoduje jakąkolwiek szkodę po stronie Konsorcjum i w czym upatruje Konsorcjum ową szkodę. Go więcej, Konsorcjum nawet nie uprawdopodobniło powstania szkody w związku z odtajnieniem ww. wyjaśnień. Takie uzasadnienie zastrzeżenia informacji nie może być uznane za skuteczne wykazanie, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zastrzeżenie przez Konsorcjum wyliczenia ilości etatów i roboczogodzin, kosztów pracy, ewentualnej dotacji PFRON, a także pozostałych kosztów związanych z wykonaniem usługi nie ma tego rodzaju wartości, która uzasadniałaby utrzymanie ich w poufności. Powyższe wyliczenie ilości roboczogodzin oraz etatów dla tego zamówienia nie dostarcza żadnej wiedzy co do sposobu tego wyliczenia, jak również indywidualnych rozwiązań stosowanych w przedsiębiorstwie. Zwłaszcza w okolicznościach kiedy Zamawiający wskazał w SIWZ w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1.2.3. do SIWZ) wymaganą liczbę osób żądając, żeby zadanie nr 2 - SOI Giżycko m. Brożówka, m. Mrągowo przez cały czas trwania umowy było realizowane przy użyciu min. 45 osób.

W ocenie Odwołującego Konsorcjum wykorzystało możliwość zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa w celu ograniczenia dostępu do Wyjaśnienia i opisu elementów wpływających na cenę, co miało zapobiec jego zakwestionowaniu w postępowaniu odwoławczym przez wykonawców, którzy złożyli oferty konkurencyjne. „Samo powoływanie się na klauzule poufności, bez jakiegokolwiek podania ku temu powodów, nie może uzasadniać uznania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa za skuteczne, a jedynie stwarza wrażenie, że klauzule te są wyłącznie pretekstem do uniemożliwienia konkurencji weryfikacji oferty wykonawcy” (wyrok z 6 maja 2015 r. sygn. akt KIO 807/15). Ponadto „brak jest uzasadnienia dla zastrzeżenia jako tajemnica przedsiębiorstwa informacji, które ukrywane są tylko przed innymi wykonawcami w postępowaniu, a staną się jawne po podpisaniu umowy z zamawiającym. Tajemnica przedsiębiorstwa jest wartością, która chroniona jest przez przedsiębiorcę przez cały czas, a nie tylko na etapie od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy.” (wyrok KIO 879/16).

Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. W wykazania przesłanki podjęcia działań niezbędnych dla zachowania poufności zastrzeganej informacji, Izba w wyroku KIO/UZP 528/10, stwierdziła, że „wykonawca powinien wskazać konkretne okoliczności, czy chociażby działania które zostały podjęte przez wykonawcę, tj. np. wykazanie się wewnętrznymi regulaminami, wskazującymi iż powyższa (zastrzeżona - przyp. wł.) informacja nie może

zostać w żaden sposób upubliczniona."

Aby móc uznać informację za chronioną, koniecznym jest, zdaniem Odwołującego, aby miała ona walor stałości, reprezentatywności i była wyznacznikiem statusu czy kondycji przedsiębiorstwa, a nie była zmienną kalkulacyjną obliczaną na użytek każdego kolejnego postępowania. Informacja stanowiąca tajemnicę przedsiębiorstwa powinna mieć dla przedsiębiorstwa wartość gospodarczą przynajmniej w jakimś okresie czasu, stałą dla jego funkcjonowania i znaczenia dla rynku, np. źródła zaopatrzenia i zbytu, kooperacji, wynalazki i patenty. Innymi słowy informacjami gospodarczymi są tylko takie informacje, które mają wpływ na wycenę przedsiębiorstwa.

W świetle art. 8 ust. 3 ustawy (nakazującego wykazanie zasadności zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa) Zamawiający nie miał podstaw do uznania złożonych wyjaśnień za tajemnicę przedsiębiorstwa, a tym samym informacje te powinny być odtajnione przez Zamawiającego. Powyższe potwierdza aktualne orzecznictwo KIO, w tym m.in. 1064/15, KIO 1067/15 „W ocenie Izby, pozostałe informacje związane z wyliczeniem ilości etatów i

12

roboczogodzin, a także pozostałych kosztów związanych z wykonaniem usługi nie miały tego rodzaju wartości, która uzasadniałaby utrzymanie ich w poufności. Odnośnie ilości etatów potrzebnych do wykonania zamówienia nie można mówić o ich znaczeniu gospodarczym dla danego wykonawcy i jego pozycji na rynku. Wypełnione tabele stanowiły wyłącznie potwierdzenie informacji zawartych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co do nakładu czasu pracy wynikającego z częstotliwości wykonania usługi określonej przez Zamawiającego. (...). Samo wyliczenie ilości roboczogodzin oraz etatów dla tego zamówienia nie dostarczało żadnej wiedzy co do sposobu tego wyliczenia, jak również indywidualnych rozwiązań stosowanych w przedsiębiorstwach. Tym samym Izba uznała, iż w tym zakresie oba wyjaśnienia powinny być odtajnione przez Zamawiającego."

Pomimo zastrzeżenia przez Konsorcjum wyjaśnienia ceny, Odwołujący stoi na stanowisku, iż oferta Konsorcjum w Zadaniu nr 2 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia w Zadaniu nr 2 i jako taka podlega odrzuceniu.

W uzasadnieniu powyższego należy wskazać, iż w trakcie realizacji wieloletnich umów na usługi opisane w Zadaniu nr 2 ukształtowała się struktura zatrudnienia dla przedmiotowych usług, co znalazło swoje odzwierciedlenie m.in. w opisie przedmiotu zamówienia (Załącznik nr 1.2.3. do SIWZ), zgodnie z którym Zamawiający wymaga żeby Zadanie nr 2 - SOI Giżycko m. Brożówka, m. Mrągowo przez cały czas trwania umowy było realizowane przy użyciu min. 45 osób.

Z zestawienia cenowego (sporządzonego wg Załącznik nr 1.1.1 do SIWZ) zawartego w ofercie Konsorcjum wynika całkowita wartość umowy za cały okres jej trwania (36-m-cy) w wysokości 3 367 330,65 zł netto, co daje średniomiesięcznie wartość 3 367 330,65 zł/36 m-cy = 93 536,96 zł netto.

Koszty netto jakie musi ponieść wykonawca w celu właściwej realizacji umowy w skali 1 m-ca obejmują: - koszty z tytułu zatrudnienia pracowników w oparciu o minimalną płacę:

45 prac. * 2220,18 zł/prac. = 99 908,10 zł netto

(gdzie 2220,18 zł to całkowity koszt netto jaki ponosi pracodawca z tytułu zatrudnienia w oparciu o minimalną płacę);

- koszty z tytułu zastępstwa pracowników będących na urlopie, wynikające z Kodeksu Pracy:

45 prac. * 2220,18 zł/12 = 8 325,67 zł netto,

(przyjmuje się, że pracownik w ciągu roku przebywa 1 m-c na urlopie),

- koszty z tytułu utrzymania pracownika, wynikające z Kodeksu Pracy (ubrania robocze, woda, posiłki regeneracyjne, ekwiwalent za środki czystości):

45 prac * 15 zł = 675 zł netto,

13

(przyjmuje się, że średniomiesięczny koszt utrzymania jednego pracownika to ok. 15 zł)

- koszty z tytułu zakupu środków i materiałów do sprzątania powierzchni wewnętrznych objętych zamówieniem w Zadaniu nr 2 (50 405 m²):

170 zł * 50 405 m²/1000 m² = 8 568,85 zł netto,

(przyjmuje się, że na powierzchniach obiektów wojskowych koszt z tytułu zakupu środków i materiałów do sprzątania wynosi 170-250 zł na miesiąc na 1000 m²),

- koszty z tyt. zakupu sprzętu, który zużywa się w okresie trwania umowy (np.

odkurzacze przemysłowe, wózki dla personelu sprząającego itp.),

45 szt. *300 zł/szt./36 m-cy= 375 zł netto,

(cena odkurzacza do sprzątania wielopowierzchniowego to ok.250-400 zł netto)

- koszty z tyt. zakupu paliwa zużywanego przez środki transportu, sprzęt mechaniczny:

2 500 zł netto,

wynikające z wieloletniej praktyki w obsłudze obiektów wojskowych (założenie

uwzględniające powierzchnie terenów zewnętrznych),

- koszty z tyt. zakupu narzędzi, materiałów eksploatacyjnych (sól, piasek):

2 000 zł netto,

wynikające z wieloletniej praktyki w obsłudze obiektów wojskowych (założenie

uwzględniające powierzchnie terenów zewnętrznych).

Zatem łączny miesięczny koszt netto jaki musi ponieść wykonawca z tyt. realizacji umowy

zgodnie z SIWZ to wartość 122 352,60 zł netto.

Zakładając w zasadzie niemożliwą do uzyskania dotację ze środków PFRON w skali

miesiąca w wysokości 25 875,00 zł netto, wartość miesięcznych kosztów wynosiłaby:

122 352,60 zł - 25 875,00 zł = 96 477,60 zł netto.

Otrzymanie ww. dotacji zakłada, że ponad połowa pracowników (tj. 23 osoby) posiada

umiarkowaną grupę niepełnosprawności, dla których miesięczne dofinansowanie wynosi 1125 zł netto/osobę. W tym

miejscu należy zaznaczyć, iż w praktyce niemożliwe jest

założenie do kalkulacji tak dużego dofinansowania z PFRON. Ponadto zatrudnienie osób z

ww. stopniem niepełnosprawności wiąże się z dodatkowymi kosztami wynikającymi z faktu,

że osoby te:

- mają ograniczenia w wykonywaniu pewnych prac samodzielnie,

- wykonują usługę ze znacznie mniejszą wydajnością,

- mogą pracować maksymalnie 7- godzin dziennie,

oraz przysługuje im dłuższy okres urlopu niż pracownikom pełnosprawnym.

Oznacza to, że comiesięczne dofinansowanie z tytułu zatrudnienia pracownika ze znacznym

stopniem niepełnosprawności z jednej strony wpłynie na obniżenie kosztów zatrudnienia, ale

14

jednocześnie spowoduje wzrost kosztów z tyt. zatrudnienia większej ilości pracowników tak, aby możliwe było wykonanie zamówienia zgodnie z postanowieniami SIWZ.

Znalezienie tak dużej liczby pracowników (23 osoby) z tak znaczną grupą

niepełnosprawności w praktyce jest niemożliwe. Niemniej jednak zakładając nawet ww.

bardzo wysoką dotację PFRON wynagrodzenie netto jakie musiałoby otrzymać Konsorcjum,

aby pokryć jedynie koszty podstawowe usługi za cały okres trwania umowy musiałoby

wynosić co najmniej:

96 477,60 zł/m-c * 36 m-cy = 3 504 694,32 netto.

W kwocie tej nie zawierają się koszty nadzoru, obsługi księgowej, zabezpieczenia

należytego wykonania umowy, zysku, który decyduje, że usługa ma jakąkolwiek rentowność.

Wyliczone w ten sposób wynagrodzenie netto jest znacznie wyższe od wartości netto usługi

zaoferowanej w ofercie Konsorcjum (3 367 330,65 zł netto) tj. o wartość:

3 504 694,32 zł - 3 367 330,65 zł = 137 363,67 zł netto.

Reasumując cena w Zadaniu nr 2, jaką zadeklarowało Konsorcjum w swojej ofercie nie

pokrywa kosztów podstawowych, nie zawiera kosztów pozostałych i zysku. Wobec tego

oferta Konsorcjum w Zadaniu nr 2 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Uwzględniając powyższe wszystkie wskazane w odwołaniu zarzuty i żądania znajdują

uzasadnienie w obowiązujących przepisach oraz w dokumentacji przetargowej i zasługują na

uwzględnienie w całości.

Oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu i w przypadku uwzględnienia niniejszego

odwołania jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Sygn. akt KIO 1938/16

Odwołujący: ROKA Zakład Pracy Chronionej Sp. z o.o. .

(dawniej P.U. „ROKA” Z.P.CH. mgr A. I. K.) ul. Polna 14, 97-300 Piotrków Tryb. reprez. przez

r.pr. R. Z. Kancelaria Prawna, Warszawa

wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzuca niezgodność z ustawą czynności i zaniechań dotyczących zadania nr 5 - SOI Bemowo Piskie, polegających na

1. dokonaniu wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum firm): Derśław Sp. z o.o., 28-230 Połaniec, ul. Ruszczańska 24,

15

Elposerwis Sp. z o.o., 28-230 Połaniec, Zawada 26, DGP Catering Partner Sp. z o.o. 59-220 Legnica, ul. Najświętszej Marii Panny 14/lok.I (dalej „Konsorcjum” lub „Derśław”);

2. zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum z Postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu;

3. [z ostrożności] zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum jako niezgodnej z ustawą;

4. [z ostrożności] zaniechaniu wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia DGP Clean Partner Sp. z o.o. o braku podstaw do Wykluczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji Europejskiej UE 2016/7 z 5.1.2016 r. lub w innej formie, w szczególności zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.

Odwołujący podnosi, że w Postępowaniu zostały naruszone w szczególności przepisy:

1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie zastosowania i wybór oferty niebędącej najkorzystniejszą w rozumieniu SIWZ;

2) art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy w zw. z art. 26 ust. 2b i art. 36b ust. 1 ustawy oraz art. 63 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (dalej zwana sprawie „Dyrektywą”) poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania w stosunku do Konsorcjum, a w konsekwencji zaniechanie jego wykluczenia;

3) art. 7 ust. 1 ustawy poprzez zaniechanie zastosowania i nierówne traktowanie wykonawców;

4) [z ostrożności] art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy w zw. z art. 84 ust. 1 i art. 87 ust. 1 ustawy poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum;

5) [z ostrożności] art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z §3 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, /.../ (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) poprzez błędną wykładnię i zaniechanie zastosowania poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia DGP Clean Partner Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji Europejskiej UE 2016/7 z 5.1.2016 r. lub w innej formie, w szczególności zgodnie ze wzorem Stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia objętego Postępowaniem gdyż w razie wykluczenia Konsorcjum z Postępowania jego oferta powinna być wybrana jako najkorzystniejsza (została sklasyfikowana na drugim miejscu).

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu (w zakresie zadania nr 5 - SOI Bemowo Piskie):

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

16

2. wykluczenia z Postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie

Derśław /.../ Zamówienia - (konsorcjum firm):

3. [z ostrożności] odrzucenia oferty Konsorcjum;

4. dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego.

5. [z ostrożności] wezwania Konsorcjum do uzupełnienia oświadczenia DGP Clean Partner Sp. z o.o. o braku podstaw do wykluczenia w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji Europejskiej UE 2016/7 z 5.1.2016 r. lub w innej formie, w szczególności zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ.

UZASADNIENIE

W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu Konsorcjum odwołało się do wiedzy i doświadczenia innych podmiotów. W związku z tym w Wykazie usług (załącznik nr 5 do SIWZ), w stosunku do wszystkich zadań wchodzących w zakres

przedmiotu zamówienia (konsorcjum wystartowało we wszystkich częściach), wymieniło wyłącznie zlecenia wykonane przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. w Legnicy. W odniesieniu do zadania 5 (objętego zakresem zaskarżenia) Konsorcjum wskazało na umowę zawartą przez DGP Clean Partner Sp. z o.o. z Uniwersytetem Zielonogórskim na „Kompleksowe utrzymanie czystości pomieszczeń w obiektach dydaktyczno-administracyjnych i Domach Studenta Uniwersytetu Zielonogórskiego”. Jednocześnie złożyło wraz z ofertą stosowną referencję oraz „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” (dalej „Zobowiązanie”).

Z treści zobowiązania wynika, że:

Oświadczam, że udostępniam Wykonawcy ww. zasoby w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z SIWZ i warunkami udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, a także niezbędnym do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia, w tym do:

1) świadczenia usług doradczych i konsultacji przy wykonywaniu zamówienia;

a. w zakresie optymalizacji metod i technik sprzątania, w tym efektywnego wyboru środków czyszczących;

b. udostępniania naszego know-how, dokumentów organizacyjnych wytworzonych w trakcie zrealizowanych już tożsamych inwestycji;

c. przeprowadzania szkoleń dla osób realizujących zamówienie w imieniu Wykonawcy;

2) bieżącego wsparcia merytorycznego Wykonawcy, w tym w szczególności kontroli nad jakością realizowanych usług w ramach realizacji zamówienia.

Jednocześnie oświadczamy, że zapewnimy Wykonawcy realny i rzeczywisty dostęp do zasobów Spółki, jej know-how, w pełnym zakresie wymaganym przez Zamawiającego

17

zgodnie z SIWZ i wymaganiami stawianymi mi jeśli idzie o warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Ponadto, na drugiej stronie zobowiązania znalazło się oświadczenie o treści:

Oświadczamy, że będziemy uczestniczyli w realizacji powyższego zamówienia poprzez świadczenie ww. usług na podstawie zawartej z Wykonawcą umowy o współpracy, udostępnianie potencjału będzie odbywać się będzie przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający zakwestionował Zobowiązanie i wezwał Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów (Wykazu usług wraz z poświadczeniami) lub złożenia wyjaśnień, czy Zobowiązanie obejmuje podwykonawstwo podmiotu trzeciego. W obszernym uzasadnieniu wezwania Zamawiający szczegółowo wyjaśnił powody, dla których Zobowiązanie uznał za niewystarczające (brak osobistego udziału podmiotu udzielającego zasobów w realizacji zamówienia).

W odpowiedzi na wezwanie Konsorcjum nie przedstawiło „Wykazu usług” i ograniczyło się do polemiki z treścią wezwania. Jednocześnie pełnomocnik Konsorcjum wyjaśnił na czym polegać będzie „wsparcie merytoryczne Wykonawcy” oświadczając, iż: których Podmiot trzeci posiadał przedmiotową wiedzę i doświadczenie. Natomiast bieżące wsparcie! merytoryczne Wykonawcy, w tym w szczególności kontrola nad jakością realizowanych usług przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, obejmować będzie min. oddelegowanie do realizacji przedmiotowego zamówienia zatrudnionych w Podmiocie trzecim wysokiej rangi specjalistów - koordynatorów świadczenia usług utrzymania czystości - osób będących „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia Podmiotu trzeciego w zakresie «sług objętych przedmiotem zamówienia. Osoby te będą na bieżąco sprawować! bezpośredni nadzór nad realizacją zamówienia przez konsorcjum oraz zostaną uprawnione m.in. do zarządzania zasobami ludzkimi, realizującymi zamówienie. Dodał również, że podmiot trzeci będzie „aktywnie obecny w toku całej realizacji zamówienia, głównie za sprawą oddelegowanych specjalistów różnych branż, którzy będą koordynować, nadzorować, szkolić osoby wykonujące przedmiot zamówienia jak i sam proces świadczenia usług”. Jednocześnie zaznaczył, że DGP Clean Partner Sp. z o.o. nie będzie podwykonawcą, gdyż nie będzie realizował wyodrębnionej części zamówienia. Niemniej dodał, iż „(...) Podmiot trzeci zawarł z konsorcjum umowę o współpracę, mocą której zobowiązał się do realnego udziału w realizacji zamówienia oraz doradztwa na etapie składania ofert”. Powołał się również na dwa orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, mające rzekomo świadczyć o tym, że złożone przezeń Zobowiązanie jest wystarczające.

18

Zamawiający za pismem z dnia 04.10.2016 r. dokonał wyboru oferty Konsorcjum, klasyfikując ofertę Odwołującego na drugim miejscu.
W tym stanie faktycznym zważyć należy co następuje.

II. Stan prawny.

A. Analiza Zobowiązania.

1. Bezsprzeczne jest, że żadna ze spółek wchodzących w skład Konsorcjum nie posiada wymaganego w Postępowaniu doświadczenia. Na żadne z pięciu zadań podmioty te nie były w stanie wskazać usług sprzątnięcia wykonanych samodzielnie (choć, co należy podkreślić, Konsorcjum tworzy grupa trzech podmiotów, a warunki były dość liberalne). Nie ulega również wątpliwości, że warunki udziału w Postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia spełnia DGP Clean Partner Sp. z o.o., na którego potencjał powołuje się Derśław. W związku z powyższym kluczowym w sprawie jest to, czy DGP Clean Partner Sp. z o.o. skutecznie i udostępniła Konsorcjum swoje zasoby. Ocenę w tym zakresie należy przeprowadzić na podstawie treści jedyne dokumentu określające zasady partycypacji w Postępowaniu DGP Clean Partner Sp. z o.o. (dalej również jako „Podmiot trzeci”), czyli Zobowiązania. Przy czym musi ona być dokonana z perspektywy treści warunku udziału w Postępowaniu, a w dalszej kolejności - obowiązujących wykonawcę zasad wykonywania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający określił, że o zamówienie mogą się ubiegać wykonawcy, którzy w zakresie każdego zadania wykonają co najmniej 1 (jedną) usługę utrzymania czystości, której wartość w przypadku zadania nr 5 nie może być mniejsza niż 2 min zł brutto. Niezależnie od tego, czy charakter usług utrzymania czystości ocenimy z perspektywy opisu przedmiotu zamówienia w niniejszym Postępowaniu, czy z punktu widzenia powszechnego postrzegania takich prac, zawsze będzie to zespół faktycznych czynności mających na celu przywrócenie lub utrzymanie czystości danej powierzchni (generalnie dzielonych na wewnętrzne i zewnętrzne), potocznie (ale i nie tylko) zwanych sprzątnięciem. Zdecydowanie największą część opisu przedmiotu zamówienia w tym Postępowaniu stanowią zasady sprzątnięcia różnych pomieszczeń. Są one uzupełnione postanowieniami regulującymi sposób wykonywania nadzoru, utrzymania poufności danych, bezpieczeństwa i higieny, używanych środków chemicznych itp. Mają one jednak akcesoryjny charakter względem świadczenia podstawowego (sprzątnięcie), z którego rozliczany będzie wykonawca.

Podmiot trzeci (DGP Clean Partner Sp. z o.o.) niewątpliwie ma doświadczenie w świadczeniu usług utrzymania czystości, a w każdym razie potrafił to należycie udokumentować. Z treści jego Zobowiązania względem Konsorcjum nie wynika jednak, aby swoje zasoby udostępnił adekwatnie do wymagań stawianych przez Zamawiającego. Rozpatrując szczegółowo treść Zobowiązania należy jednoznacznie stwierdzić, że nie

19

obejmuje żadnych zasobów, które są związane stricte z „utrzymaniem czystości”, czyli sprzątnięciem. Podmiot trzeci zobowiązał się bowiem do dwóch rodzajów zachowań: (a) świadczenia usług doradczych i konsultacji oraz (b) bieżącego wsparcia merytorycznego w zakresie kontroli nad jakością usług. Przy czym w ramach pierwszego obszaru ma jedynie doradzać w zakresie optymalizacji metod i technik sprzątnięcia (w tym doboru środków czyszczących), udostępnić know-how (czyli dokumenty organizacyjne) oraz przeprowadzić szkolenia dla osób. Taki rodzaj „wsparcia” jest nieadekwatny do opisu warunków udziału w postępowaniu.

Konsorcjum nie ma żadnego doświadczenia w sprzątnięciu. Informacje na temat „metod i technik sprzątnięcia”, czy środków czyszczących pozwalają wyposażać Konsorcjum co najwyżej w zasób niezbędnej wiedzy o charakterze podstawowym. Wszak jeśli jakiś podmiot nie wie jakich ma używać środków czyszczących i nie zna żadnych „technik sprzątnięcia” to znaczy, że de facto nic nie potrafi w obszarze interesującym Zamawiającego (należy zaznaczyć, że Zamawiający nie wymagał specyficznego doświadczenia w jednostkach wojskowych czy podobnych instytucjach). Dodając do powyższego fakt, że Podmiot trzeci zamierza jeszcze „nauczyć” Konsorcjum wytwarzania „dokumentów organizacyjnych” oraz przeszkolić osoby realizujące zamówienie, to z tego rysuje się dość oczywisty obraz, że mamy do czynienia z wykonawcą (Konsorcjum) nie posiadającym wymaganego zasobu wiedzy o usługach sprzątnięcia (wszak „poprosił” Podmiot trzeci, spółkę z tej samej grupy kapitałowej, o nauczanie go wszystkiego - począwszy od „technik sprzątnięcia”, przez dobór środków, tworzenie dokumentów i przeszkolenie personelu). Treść Zobowiązania pozwala

założyć, że ww. kompetencje Konsorcjum posiada od Podmiotu trzeciego. Jednak powyższe nie jest wystarczające aby potwierdzić pozyskanie niezbędnego doświadczenia. Doświadczenie, w przeciwieństwie do wiedzy, jest nierozdzielnie związane z podmiotem który je ucieleśnia i z tego powodu nieprzenoszalne. Na gruncie tego w jaki sposób może być „udostępnione” w trybie art. 26 ust. 2b ustawy spotkać można wiele opinii, a i

orzecznictwo Izby nie jest jednolite. Wydaje się jednak, że pogląd o konieczności co najmniej uczestnictwa w realizacji zamówienia jest zdecydowanie dominujący, bo obiektywnie lepiej uzasadniony.

a) Warunki udziału w postępowaniu mają na celu ograniczenie ryzyka wyboru wykonawcy niezdolnego do wykonania zamówienia publicznego lub w stosunku do którego, ze względu na sytuację podmiotową zachodzi prawdopodobieństwo nienależytego wykonania zamówienia. Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy stanowi *lex specialis* do wyrażonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy ogólnej zasady, że to wykonawca samodzielnie (względnie działając w ramach konsorcjum - art. 23 ustawy) spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przepis został wprowadzony jako szczególna regulacja umożliwiająca wykonawcy, który

20

samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu ubieganie się o zamówienie, jeśli w sposób opisany w tym przepisie udowodni, że odpowiednimi zasobami w momencie realizacji zamówienia będzie dysponował jak własnymi. '

b) Należy też zwrócić uwagę, że ideą weryfikowania kwalifikacji wykonawców na etapie składania ofert czy wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest to, aby zamówienia udzielić podmiotowi posiadającemu dany potencjał⁴ czyli temu, który daną wiedzę i doświadczenie już posiadał, a nie takiemu, który będzie uczył się dopiero w trakcie wykonywania zamówienia. Gdyby instytucja zamawiająca czyniła takie założenia, to nie stawiałaby wykonawcom warunku posiadania specjalnego doświadczenia jako warunku udziału w postępowaniu, badanego, zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym, z perspektywy ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

c) Powyższe oznacza, że treść zobowiązania, bądź innego dokumentu składanego w oparciu o przepis art. 26 ust. 2b ustawy winna opisywać taki stosunek prawny, który nie będzie miał charakteru iluzji przekazania wiedzy

1 doświadczenia, ale który będzie stwarzał taką sytuację prawną, bądź jej przyrzeczenie, w oparciu o którą można powiedzieć, że wykonawca znajduje się w sytuacji, jakby wykonał zadania wymagane jako referencyjne w treści warunku udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że zasadą jest, przy przekazaniu zasobu, jakim jest wiedza i doświadczenie, uczestnictwo podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia.

d) Wiedza i doświadczenie, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 2b ustawy to kategoria traktowana łącznie, rozumiana jako ogół wiedzy teoretycznej i umiejętności praktycznych wynikających z wcześniejszych realizacji analogicznych lub zbliżonych dostaw, usług czy robót, które wyraz znajdują w treści udzielonych referencji (poświadczeń). Regułą jest, że pod pojęciem „wiedza i doświadczenie”, o którym mowa w przepisie art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy nie można rozumieć możliwości przekazania wiedzy i doświadczenia np. poprzez proces szkoleniowy lub przekazanie knów - how, instrukcji, pewnych wartości niematerialnych i prawnych, co nie wymagałoby uczestnictwa podmiotu udostępniającego. Poprzez szkolenie czy otrzymywanie porad można bowiem nabyć wiedzę, a nie doświadczenie, które ze swojej istoty musi mieć walor weryfikacji wiedzy w praktycznej realizacji.

e) O ile można przyjąć teoretycznie, że możliwe jest - choćby w trybie procesu szkoleniowego - przekazanie wiedzy a nawet pewnych, wybranych elementów praktyki, to jednak pojęcie "doświadczenia" jest znacząco szerszą kategorią pojęciową. Pojęcie wiedzy i doświadczenie w rozumieniu przepisu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy, do którego sięga art. 26 ust. 2b ustawy, to nie pojęcia w potocznym rozumieniu, odnoszące się do wiedzy i umiejętności osoby lub osób, ich zdolności osobistych. Udostępnienie wiadomości, fachowej

21

wiedzy oraz doświadczeń w zakresie technologii i procesu produkcyjnego dla określonego wyrobu czy usługi (tzw. know - how) - bliskie rozumieniu niematerialnych elementów przedsiębiorstwa, także nie może mieścić w tej kategorii. Ustawodawca nadał bowiem znaczenie „wiedzy i doświadczeniu”, precyzując je w przepisach, jako wykonane w

przeszłości zadania (umowy).

f) W takie pojęcie wiedzy i doświadczenia wpisany jest zatem całokształt procesu prowadzącego do tego rezultatu, obejmujący zaangażowanie odpowiednich pracowników, sprzęt, organizację i metodologię zarządzania przedsięwzięciem, co łącznie prowadzi do osiągnięcia skutku w postaci wykonania roboty budowlanej, usługi czy dostawy. Wiedza i doświadczenie to wartości wynikające z zaangażowania do wykonania W przeszłości określonych zadań szeregu czynników z uwzględnieniem aspektu organizacyjnego, którego nie może zastąpić przekazanie jedynie niektórych elementów, iak nawet najbardziej wykwalifikowani i doświadczeni pracownicy, najbardziej czytelne i staranne dokumentacje i instrukcję, czy najbardziej szczegółowe doradztwo. Brak tu bowiem jeszcze czynnika powiązania tych elementów, który decyduje o powodzeniu przedsięwzięcia.

g) Podzielić zatem należy podkreślane w doktrynie jak i orzecznictwie poglądy, że wiedza i doświadczenie to te elementy przedsiębiorstwa, które są związane z posiadającym je podmiotem, niezbywalne i nieprzenaszalne samodzielnie, w inny sposób aniżeli poprzez zbycie całości lub zorganizowanej części przedsiębiorstwa zdolnej do dalszego prowadzenia w niezmienionym zakresie - zbycie przedsiębiorstwa nie oznacza zbycia mienia, ale zbycie swoistego organizmu gospodarczego [orzeczenie SN z 10.1.1972 r., I CR 359/71, OSPiKA 1972, z. 12, poz. 232, wyrok Sądu najwyższego z 17.10.2000 r., w spr. I CKN 850/98, LEX Nr 50895, wyrok Sądu najwyższego z dnia 8 kwietnia 2003r. w spr. IV CKN 51/01].

6. Przenosząc powyższe rozważania teoretyczne na grunt niniejszej sprawy wywieść należy, że Zobowiązanie nie stanowi wystarczającego dowodu na okoliczność, że Konsorcjum będzie dysponować potencjałem pozwalającym pozytywnie zweryfikować jego sytuację podmiotową (zdolność do realizacji zamówienia). Żadna z form wsparcia „miękkiego” (szkolenia, doradztwo, dokumentacja) nie może zastąpić realnego udziału w realizacji fizycznego sprzątania, w których to czynnościach miał mieć doświadczenie wykonawca. Również enigmatycznie określone „bieżące wsparcie merytoryczne” nie niesie za sobą żadnych konkretnych obowiązków w odniesieniu do czynności składających się na utrzymanie czystości. Zwłaszcza „kontrola nad jakością usług”. Jest to wszak czynność następcza w stosunku do samego sprzątania, a tym samym udział „kontrolera” per se nie gwarantuje należytego wykonania zamówienia. Ponadto, kontrola nie zastąpi doświadczenia. Może pomóc w jego nabyciu w przyszłości, ale nie świadczy o tym, że podmiot kontrolowany

22

uzyska je już chwili poddania się takiej kontroli (a nawet jeśli, to i tak za późno z punktu widzenia zasad udzielania zamówień publicznych).

7. Mając na uwadze sposób udostępnienia zasobów opisany w punktach 1 i 2) Zobowiązania Podmiotu trzeciego, oświadczenie zawarte w ostatnim jego akapicie, iż Podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia niczego nie wnosi do sprawy, zwłaszcza, że z jego treści wynika wprost, że ten udział jest ograniczony do „świadczenia ww. usług”, czyli tych z pkt 1 i 2) Zobowiązania. O tym, czy ten udział jest rzeczywisty czy nie rozstrzygają więc owe dwa zobowiązania, z których, jak dowiedziono powyżej, nic realnego nie wynika. Przede wszystkim zaś nie wynika to, że doświadczenie w zakresie sprzątania zostanie namacalnie udostępnione. Wydaje się zarazem, że z punktu widzenia opisu warunku udziału w Postępowaniu jedyną alternatywą dla podwykonawstwa (którego nie przewiduje Konsorcjum w swojej ofercie) było udostępnienie zorganizowanej części przedsiębiorstwa DGP Glean Partner Sp. z o.o. (np. w formie dzierżawy). Zważywszy zaś na to, iż ta spółka należy do jednej grupy kapitałowej co inni wykonawcy tworzący Konsorcjum z takim rodzajem wsparcia nie powinno być problemu, niemniej z jakiś powodów ono nie zostało uwzględnione. Podobnie jak podwykonawstwo.

8. Podsumowując, zobowiązanie do świadczenia usług doradczych i konsultacji oraz bieżącego wsparcia, które to stanowią istotę Zobowiązania DGP Clean Partner Sp. z o.o., w okolicznościach tego stanu faktycznego, tj. biorąc pod uwagę opis warunków udziału w postępowaniu i brak doświadczenia po stronie Konsorcjum, nie są wystarczające do uznania, że Konsorcjum dysponuje rzeczywiście odpowiednim potencjałem (doświadczeniem) Podmiotu trzeciego. Tym samym należy uznać że nie wykazało spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdziale VI SIWZ pkt Ad b). Biorąc zarazem pod uwagę, że zostało wezwane do uzupełnienia Wykaz usług w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (w związku z zakwestionowaniem Zobowiązania przez Zamawiającego) inkryminowane naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy, w kontekście art. 26 ust. 2b ustawy (oraz Dyrektywy, patrz niżej) jest

zasadne.

9. Zamykając tę część rozważać wskazać jeszcze należy, że w rozdziale VII pkt 9 SIWZ Zamawiający postanowił, iż: „W związku z wejściem w życie z dniem 18 kwietnia 2016r. przepisów tzw. dyrektywy klasycznej, tj. Dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.2.2014 w sprawie zamówień publicznych, uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.), uwzględniając zasadę bezpośredniej skuteczności dyrektyw. Zamawiający informuje, że Wykonawcy mogą złożyć wraz z ofertą Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, zgodnie z rozporządzeniem wykonawczym Komisji Europejskiej UE 2016/7 z 5.1.2016 r.” Stosując się do norm wynikających z Dyrektywy Zamawiający nie mógł więc pominąć jej art. 63 ust. 1 przewidującego, że w

23

odniesieniu do kryteriów dotyczących m.in. 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. Niezależnie od zastosowanych metod wykładni Zobowiązania w żadnym przypadku nie wynika z niego (zresztą przyznaje to Dersław), iż Podmiot trzeci będzie realizował usługi utrzymania czystości, w zakresie których to czynności miał wykazać doświadczenie. Zamawiający nie powinien mieć więc wątpliwości, że Konsorcjum kwalifikuje się do wykluczenia z Postępowania.

B. Analiza wyjaśnień Konsorcjum z 30.09.2016 r.

1. Analizując sprawę wszechstronnie należy dodatkowo omówić znaczenie wyjaśnień Konsorcjum z dnia 30.09.2016 r., złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia

Nigdy jednak na podstawie ich treści nie Wykazu. Można je bowiem

traktować dwojako.

uda się obronić tezę, iż Konsorcjum wykazało spełnianie warunków udziału w Postępowaniu.

2. Przede wszystkim, wyjaśnienia własne wykonawcy nie mogą zastępować dowodu o którym stanowi art. 26 ust. 2b ustawy. Zapewnienia Dersław co do zakresu udostępnionego mu potencjału nie mogą zastąpić zobowiązania czy innych obiektywnych dowodów, do których referuje wspomniany przepis. Jakkolwiek owe zobowiązania, jak każde oświadczenia woli, podlegają wykładni to nie sposób uznać, że wykonawca może rozszerzać zakres zobowiązania. Lektura wyjaśnień z dnia 30.09.2016 r. nie pozostawia natomiast wątpliwości, że Konsorcjum wywodzi z treści Zobowiązania znacznie więcej świadczeń Podmiotu trzeciego niż w tym dokumencie przewidziano. W Zobowiązaniu próżno bowiem szukać takich elementów jak dobór środków technicznych, zarządzanie zasobami ludzkimi, oddelegowania „wysokiej rangi specjalistów”. W Zobowiązaniu nie ma również mowy o nadzorach nad realizacją zamówienia. Ewidentnie zamiast „oddelegowania pracowników” jest mowa jedynie o ich szkoleniu. Nie ma mowy o „nadzorze”, a jedynie o „kontrolach” (powszechnie wiadomo,

że kontrola jest pojęciem węższym od nadzoru, bo nie obejmuje prawa do Władczej ingerencji w sferę podmiotu kontrolowanego). Tak więc na podstawie li tylko wyjaśnień z 30.09.2016 r. Zamawiający nie mógł i nie powinien przyjąć, że Zobowiązanie obejmuje tak istotnie szersze świadczenia. Tym bardziej, że zgodnie z rozdziałem VII pkt 3 SIWZ to treść zobowiązania miała określać w szczególności: a. zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu; b. sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia; c. charakter stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem; d. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

3. Natomiast gdyby założyć, że wykładnia Zobowiązania zaprezentowana w piśmie z 30.09.2016 r. jest dopuszczalna, a tym samym przyjąć, że Podmiot trzeci przy pomocy

24

swoich pracowników będzie zarządzał zasobami ludzkimi i sprawował bezpośredni nadzór nad realizacją zamówienia, to znaczy że w istocie będzie podwykonawcą. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1.5.3 do SIWZ), pkt 7 - Postanowienia końcowe:

c) Osoba sprawująca nadzór z ramienia Wykonawcy musi posiadać poświadczenie bezpieczeństwa o klauzuli "POUFNE". Nadzór musi być zapewniony w sposób skuteczny przez cały czas wykonywania usługi objętej niniejszym postępowaniem poprzez osobisty kontakt z właściwym Kierownikiem SOI w każdy poniedziałek podczas trwania umowy.

d) Wykonawca musi dysponować pracownikami posiadającymi poświadczenie

bezpieczeństwa o klauzuli „ZASTRZEŻONE”.

e) Sprzątanie powierzchni pomieszczeń stref bezpieczeństwa w budynkach odbywać się może wyłącznie pod nadzorem personelu odpowiedzialnego za pracę w tych pomieszczeniach.

W związku z tym „nadzór” jest częścią zamówienia i jego pełnienie przez Podmiot trzeci (a fizycznie oczywiście przez pracowników spółki udostępniającej zasoby) byłoby równoznaczne z podwykonawstwem. Tymczasem zgodnie ze złożoną ofertą Konsorcjum nie zamierza realizować zamówienia z udziałem podwykonawców. Przyjęcie dopiero za pismem z dnia 30.09.2016 r., że jednak podwykonawcy będą zaangażowani stanowiłoby więc niedopuszczalną zmianę treści oferty po upływie terminu na jej złożenie. Tak więc rozszerzanie zakresu Zobowiązania po myśli Konsorcjum (oczywiście przy hipotetycznym założeniu jego skuteczności, co Odwołujący kwestionuje) wyrażonej w piśmie z 30.09.2016 r. nie może mieć wpływu na ocenę spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum albowiem prowadziłoby do zmiany treści oferty (por. wyrok KIO sygn. 221/16). To zaś stanowiłoby samodzielną przesłankę odrzucenia oferty jako niezgodnej z ustawą, tj. w trybie art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy, co stanowi (z ostrożności) alternatywne żądanie odwołania (tj. na wypadek uznania, że Podmiot trzeci będzie brał bezpośredni udział w realizacji zamówienia - zwłaszcza w charakterze podwykonawcy).

C. Analiza dokumentów Podmiotu trzeciego.

1. Dodatkowo względem ww. zarzutów, z ostrożności Odwołujący wskazuje, że przyjęcie przez Zamawiającego, iż Podmiot trzeci jednak będzie uczestniczył w realizacji zamówienia (w szczególności w charakterze podwykonawcy) i uznanie tego za dopuszczalne w okolicznościach tej sprawy (pomimo deklaracji samodzielnej realizacji Zamówienia) powoduje obowiązek wyegzekwowania od Konsorcjum dokumentów dotyczących Podmiotu trzeciego, o których mowa w rozdziale VII pkt 9 SIWZ akapit piąty, który stanowi, że: Jeżeli Wykonawca powołuje się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to składa JEDZ podmiotu trzeciego. JEDZ powinien być wypełniony w zakresie, w jakim wykonawca korzysta z

25

zasobów podmiotu trzeciego oraz dotyczyć weryfikacji podstaw wykluczenia. Taki jednolity dokument w odniesieniu do Podmiotu trzeciego (DGP Clean Partner Sp. z o.o.) nie został złożony. Przyjmując, że forma oświadczenia (JEDZ) była fakultatywna należy uznać, że na Konsorcjum spoczywał obowiązek złożenia przynajmniej oświadczenia o braku podstaw wykluczenia z Postępowania, tj. dokumentu o którym mowa w §3 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231) (dalej „Rozporządzenie”). Wspomniany wymóg SIWZ koresponduje bowiem nie tylko z przepisami Dyrektywy (o czym szerzej w ostatniej części uzasadnienia) ale również z przepisami §3 ust. 4 Rozporządzenia, z którego wynika, że zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do podmiotów trzecich dokumentów wymienionych w ust. 1-3 §3, czyli np. oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia. To oświadczenie, czy to w formie JEDZ, czy to Wg wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ (OŚWIADCZENIE WYKONAWCY O BRAKU PODSTAW DO WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA) powinno się znaleźć w ofercie Konsorcjum jeśli DGP Clean Partner Sp. z o.o. miałby brać udział w realizacji części zamówienia.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska na piśmie i do protokołu.

KIO 1926/16

Odwołujący poparł odwołanie i dodatkowo odnosząc się do pisemnego stanowiska Przystępującego zauważył, że na etapie postępowania odwoławczego niedopuszczalne jest przedstawienie i dowodzenie nowych informacji o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, w tym w zakresie wiedzy i doświadczenia, tak jak uczynił to Przystępujący.

Podkreślił również, że podtrzymuje argumentację prawną zawartą w odwołaniu i złożonym piśmie co do obowiązującego w niniejszym postępowaniu stanu prawnego, w tym także stosowaniu „nowej dyrektywy klasycznej”.

Wskazał na treść zobowiązania podmiotu trzeciego i zauważył, że późniejsze wyjaśnienia autorstwa Przystępującego w rzeczywistości rozszerzają zakres opisywanego udostępnienia,

nadal jednak treść ta nie potwierdza spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Podkreślił brak konsekwencji Przystępującego, który przedstawia obecnie odmienne doświadczenie i wiedzę, niż przednio w ofercie. Podtrzymał zarzuty co do nieprawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa oraz co do ceny, co do której nie wykazano, iż nie jest rażąco niska. Sam fakt przynależności podmiotów do jednej grupy

26

kapitałowej nie świadczy o tym, iż doświadczenia między tymi podmiotami są wzajemnie wymieniane.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania z uzasadnieniem przedstawionym na piśmie.

Wskazał na to, że konsorcjum celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia polega na zasobach podmiotu trzeciego DPG Clean Partner sp. z o.o. w Legnicy, co jest zgodne z treścią art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Zauważył że konsorcjum ma prawo powołać się na wiedzę i doświadczenie innego podmiotu niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Konsorcjum do złożonej oferty załączyło zobowiązanie podmiotu trzeciego, który zadeklarował oddanie swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia na okres realizacji zamówienia oraz zaprezentował swoje realne uczestnictwo w realizacji zamówienia określając sposób i zasady poprzez:

1/ świadczenie usług doradczych i konsultacyjnych przy wykonywaniu zamówienia:

a/ w zakresie optymalizacji metod i technik sprzątania, w tym efektywnego wyboru środków czyszczących,

b/ udostępnienia know-how, dokumentów organizacyjnych wytworzonych w trakcie realizacji już tożsamych inwestycji,

c/ przeprowadzenie szkoleń dla osób realizujących zamówienie w imieniu konsorcjum.

2/V bieżącego wsparcia merytorycznego konsorcjum, w tym w szczególności kontroli nad jakością realizowanych usług w ramach realizacji zamówienia,

Jak również została określona forma łączącego ich stosunku polegająca na zawarciu umowy współpracy.

Zamawiający w związku z niejednołitością orzecznictwa oraz piśmiennictwa co do formy

dysponowania przez wykonawcę potencjałem innego podmiotu w zakresie wiedzy i

doświadczenia wezwał konsorcjum do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3) lub złożenia wyjaśnień w drodze art. 87 ust. 1 ustawy dotyczących treści zobowiązania do oddania do

dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia

Wezwanie zamawiającego nie oznaczało, iż kwestionuje ono zobowiązanie podmiotu trzeciego, lecz służyło m.in.

wyjaśnieniu czy to zobowiązanie obejmuje podwykonawstwo nie

wykluczając ewentualnej możliwości złożenia dokumentu.

Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako nie wymagający specjalistycznej wiedzy i

doświadczenia, w którym istotna jest organizacja pracy i czasu ekip sprzątających przy

świadczeniu usług w godzinach pracy zamawiającego. Zdaniem zamawiającego

przedstawiona forma dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i

doświadczenia (umowa o współpracy dająca do dyspozycji personel w celu doradztwa,

konsultacji i inne formy wsparcia) dają wiarę należytego wykonania zamówienia.

27

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 przez nieudostępnienie odwołującemu wyjaśnień konsorcjum dot. elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny zamawiający stwierdził, że konsorcjum z chwilą złożenia wyjaśnień zastrzegło wyjaśnienia i opis elementów cenotwórczych wraz załącznikami jako tajemnice przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia mogą być objęte zastrzeżeniem jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa uwzględniając przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Zamawiający analizując treść wyjaśnień stwierdził, że w zawartych danych są informacje dotyczące:

- kosztów osobowych (pracowników) stanowiąc cenne źródło informacji dla konkurencji.

Zastrzeżenie jest uzasadnione w sytuacji, gdy jednym z zasadniczych elementów cenotwórczych usługi sprzątania jest koszt pracy pracowników. Dane takie mogą zostać uznane za informacje o charakterze organizacyjnym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa zwłaszcza w sytuacji, gdy na rynku występuje zjawisko migracji pracowników.

- kosztów materiałowych (środki czystości i sprzęt). Zastrzeżenie takich danych jest uzasadnione w sytuacji, gdy drugim z zasadniczych elementów cenotwórczych usługi sprzątnięcia jest koszt zakupu środków czystości i sprzętu wynegocjowane przez konsorcjum. Dane te mogą być uznane za informacje o charakterze organizacyjnym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa zwłaszcza w sytuacji dużej konkurencji na rynku oraz różnorodności środków i materiałów do utrzymania czystości oraz sprzętu manualnego (szczotki, miotły, mopy itp.) oraz elektrycznego (odkurzacze, piły itp.). Ponadto jako tajemnica mogą być chronione, w okolicznościach danej sprawy, informacje dotyczące zbudowanej i stworzonej przez wykonawcę w dłuższym okresie czasu koncepcji biznesowej danego rozwiązania realizacji zamówienia. Zamawiający stwierdził, że wobec spełnienia przesłanek uzasadnione było zastrzeżenie podanych informacji jako poufnych.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny zamawiający uznaje, że właściwie dokonał oceny otrzymanych wyjaśnień. Wskazał na ciężar dowodu co do oceny ceny jako rażąco niskiej bądź nie spoczywający na podmiocie zgodnie z art. 6 kc oraz przepisów ustawy na etapie postępowania o udzielenie zamówienia oraz w postępowaniu odwoławczym. Zdaniem zamawiającego otrzymane wyjaśnienia są merytorycznie wyczerpujące i szczegółowe, zawierają rzetelną kalkulację ceny oraz wskazują istotne, obiektywne i wiarygodne elementy, które legły u podstawy dokonanej wyceny. Zamawiający zarzucił odwołującemu brak dowodów na tezę o cenie konkurenta jako rażąco niskiej i stwierdził, że odwołujący oparł się wyłącznie na własnej kalkulacji indywidualnej dla niego i wynikającej z jego osobistej sytuacji

28

tn. zasad zatrudniania pracowników, umów własnych z dostawcami, zakresu otrzymywanego dofinansowania itp.

Zamawiający stwierdził, że wykonawcy, w tym konsorcjum w podobny sposób, wyczerpująco i zgodnie z żądaniem zamawiającego wyjaśnili sposób kalkulacji swojej ceny. Do wyjaśnień konsorcjum załączono dowody w postaci umowy sprzedaży środków i materiałów oraz sprzętu do utrzymania czystości i umowy o pracę z menadżerem ds. porządkowych. Uzasadniono także szczegółowo, na czym opiera się przewaga konkurencyjna pozwalająca na zaoferowanie atrakcyjnej ceny.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podzielił stanowisko Zamawiającego. Podtrzymał własne przedstawione w złożonym piśmie wraz z załączonymi dowodami. Zauważył, że opis wiedzy i doświadczenia zawarty w ofercie potwierdził spełnienie wymogu SIWZ z jednoczesnym wykorzystaniem uprawnienia z art. 26 ust. 2b. Wskazał także na własną wiedzę i doświadczenie opisane w piśmie zauważając dopuszczalność proceduralną w toku postępowania dowodowego dokonania takiej czynności. Przypomniał, zgodnie z pisemnym stanowiskiem, że realne udostępnienie zasobów w tym postępowaniu nie musi się wiązać z podwykonawstwem. Zauważył, że Zamawiający nie kwestionował dowodu i faktu udostępnienia zasobu, lecz zażądał wyjaśnienia, w jakiej formie wykonawca przewiduje współpracę z podmiotem udostępniającym. Podkreślił zasadność zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa co do informacji zawierających kalkulację ceny. Zauważył, że brak jest podstaw do uznania zaoferowanej ceny za rażąco niską. Stwierdził, że udział podmiotu trzeciego już na etapie sporządzania oferty potwierdzają dokumenty załączone do kalkulacji przedstawionej w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego.

KIO 1938/16

Odwołujący zauważył, że z uwagi na wymóg przepisu art. 26 ust. 2b, w sprawie rozpatrywanej ocenie może podlegać jedynie pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. Treść tego zobowiązania jest kwestionowana jako nie potwierdzająca realnego udostępnienia zasobów. Wyjaśnienie Przystępującego o aktywnym uczestnictwie i formach udziału podmiotu trzeciego w realizacji zobowiązania nie wynikają z treści dokumentu przedstawionego przez podmiot trzeci. Tym samym nie stanowi on dowodu dysponowania zasobami. Przypomniał wymóg SIWZ – złożenia dokumentu podmiotu trzeciego (ewentualnie JEDZ) i zauważył, że wymogu realnego udostępnienia zasobów nie wzmacnia fakt pozostawania w grupie kapitałowej, co sugeruje Przystępujący. Ponownie zauważył, że wykonawca w wyjaśnieniach opisał własne oczekiwania co do zakresu i form udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, jednakże nie wynikają one z treści samego zobowiązania.

29

Podtrzymał stanowisko, w szczególności co do braku dowodu realnego udostępnienia Przystępującemu zasobów przez podmiot trzeci i braku wymaganego dokumentu. Zamawiający podtrzymał stanowisko z uzasadnieniem pisemnym z argumentacją jak w sprawie sygn. akt KIO 1926/16. Dodatkowo podkreślił związek między warunkiem udziału dotyczącym wiedzy i doświadczenia, a przedmiotem zamówienia. Wskazał na zakres skierowanych do wykonawcy żądań w piśmie z 29 września i treści otrzymanych wyjaśnień. Zauważył, że nie stawiał w SIWZ warunku podwykonawstwa i podkreślił znaczenie umiejętności wykonywania czynności w tym zakresie także know-how. Stwierdził, że w toku oceny ofert otrzymał także informację o kwalifikacjach pracowników w ramach wyjaśnień zaoferowanego przez Przystępującego ceny. Wskazał na postanowienia SIWZ dotyczące ewentualnego podwykonawstwa oraz brak wymogu pozostawania w stosunku pracy osób mających wykonywać czynności z klauzulami ewentualnych zmian warunków uzależnionych od zmiany przepisów prawa.

Przystępujący zauważył, że Zamawiający nie kwestionował zakresu udostępnionych zasobów, a jedynie żądał wyjaśnień co do formy udostępnienia zasobów, w tym, czy to udostępnienie nastąpi w formie podwykonawstwa, w związku z tym nie było powodu, by w toku wcześniejszego postępowania składać Zamawiającemu dodatkowe dokumenty dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia własnego.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie, wziąwszy pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść oferty przystępującego i wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego, a nadto stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba rozpoznała odwołania na podstawie stanu prawnego obowiązującego przed wejściem w życie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020). Stosownie do art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy nowelizującej oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe.

Odwołujący mają interes w uzyskaniu zamówienia, w częściach, w których złożyli oferty i co do których podnieśli zarzuty w stosunku do oferty przystępującego, w rozumieniu art. 179 ustawy pzp, a tym samym każdy z nich posiada legitymację do wniesienia odwołania spełniając materialno prawną przesłankę wszczęcia postępowania odwoławczego.

30

Podstawowy i w istocie tożsamy w obydwu odwołaniach jest zarzut podniesiony wobec przystępującego o nie wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na wykazaniu określonego szczegółowo w siwz doświadczeniu i wiedzy w wykonaniu usługi utrzymania czystości o wskazanej minimalnej wartości dla poszczególnych zadań składających się na przedmiot zamówienia.

Niesporne jest, że na potwierdzenie spełniania warunku wykonawca (przystępujący) przedstawił zamawiającemu w ofercie w odniesieniu do każdego zadania pisemne zobowiązania podmiotu trzeciego, który zobowiązał się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Treść zobowiązania została zacytowana w treści odwołań, niesporne jest również, że podstawą prawną czynności udostępnienia zasobów jest art. 26 ust. 2b ustawy pzp. Dokument zawiera w części końcowej oświadczenie, że podmiot ten będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia poprzez świadczenie ww. usług na podstawie zawartej z Wykonawcą umowy o współpracy, a udostępnianie potencjału będzie odbywać się przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia. W wyniku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w tym zakresie lub wyjaśnienia, czy podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy, przystępujący przedstawił wyjaśnienie potwierdzające, zgodnie z treścią formularza ofertowego, że nie będzie korzystał z podwykonawstwa, rozumianego jako wykonanie części zamówienia, a zobowiązanie Podmiotu trzeciego udostępniającego wiedzę i doświadczenie, polegać będzie m.in. na: przeprowadzeniu szkoleń, świadczeniu na rzecz naszego konsorcjum usług konsultingowych, doradztwa technicznego i organizacyjnego (w tym z zakresu doboru środków technicznych, chemii oraz zarządzania zasobami ludzkimi), udostępnienia know-

how, m.in. przez udostępnienie dokumentów organizacyjnych wypracowanych w związku z realizacją analogicznych kontraktów, w ramach których Podmiot trzeci posiadał przedmiotową wiedzę i doświadczenie. Natomiast bieżące wsparcie merytoryczne Wykonawcy, w tym w szczególności kontrola nad jakością realizowanych usług przez cały okres obowiązywania umowy w sprawie zamówienia publicznego, obejmować będzie m.in. oddelegowanie do realizacji przedmiotowego zamówienia zatrudnionych w Podmiocie trzecim wysokiej rangi specjalistów - koordynatorów świadczenia usług utrzymania czystości - osób będących „nośnikiem” wiedzy i doświadczenia Podmiotu trzeciego w zakresie usług objętych przedmiotem zamówienia. Osoby te będą na bieżąco sprawowały bezpośredni nadzór nad realizacją zamówienia przez konsorcjum oraz zostaną uprawnione m.in. do zarządzania zasobami ludzkimi, realizującymi zamówienie. Powyższe nie zmienia faktu, iż Podmiot trzeci

31

zawarł z konsorcjum umowę o współpracę, mocą której zobowiązał się do realnego udziału w realizacji zamówienia oraz doradztwa na etapie składania ofert./.../.

Nietrudno zauważyć, że zakres wymienionych w wyjaśnieniu prac przewidzianych do wykonania przez podmiot trzeci jest szerszy od opisanych w treści zobowiązania.

Podzielając uwagę odwołującego w sprawie sygn. akt KIO 1938/16, że wyjaśnienie wykonawcy nie może zmienić treści oświadczenia podmiotu trzeciego, należy stwierdzić po pierwsze, że czynności wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp są uprawnieniem rodzącym jednocześnie po stronie wykonawcy obowiązek udzielenia odpowiedzi na pytania i taka okoliczność w sprawie zaistniała. Drugie, merytorycznie istotne stwierdzenie, to fakt, że opis czynności zawarty w zobowiązaniu podmiotu trzeciego miał w rzeczywistości charakter przykładowy, a nie taksatywny, jako że zawiera w części końcowej odesłanie do umowy o współpracy zawartej przez wykonawcę z podmiotem trzecim. Treść tej umowy, z dnia 5 września 2016 r., przedstawionej w toku postępowania dowodowego, przewiduje zakres prac przewidzianych do wykonania przez podmiot trzeci przy realizacji przedmiotu zamówienia tożsamy z opisanymi w wyjaśnieniach wykonawcy złożonych zamawiającemu.

W ocenie składu orzekającego zakres ten, opisany w § 1 umowy, potwierdza realność udostępnienia potencjału, głównie osobowego, będącego nośnikiem wiedzy i doświadczenia. W tym miejscu warto zauważyć, że dla usług, w tym stanowiących przedmiot zamówienia, nie jest oczywiste określenie podwykonawstwa zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 9a, rozumianego jako realizacja części zamówienia. Gdyby bowiem przyjąć, że podwykonawca miałby za zadanie wykonywać usługę sprzątania na uzgodnionym częściowym elemencie obiektu, to udostępnienie zasobu nie byłoby kwestionowane. Natomiast w sytuacji podmiotu zapewniającego obsługę logistyczną, nadzór i szkolenie, przypisaniu mu podmiotu podwykonawcy byłoby zapewne dyskusyjne, mimo iż w takim wypadku „wsparcie” wykonawcy przez podmiot trzeci miałby daleko większy walor.

Odnosnie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 1 ustawy pzp przez nieudostępnienie odwołującemu wyjaśnień konsorcjum dot. elementów ceny mających wpływ na wysokość ceny Izba uznaje, że wykonawca skutecznie zastrzegł wyjaśnienia i opis elementów cenotwórczych wraz załącznikami jako tajemnice przedsiębiorstwa. Wyjaśnienia mogą być objęte zastrzeżeniem jako zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa uwzględniając przepis art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W zawartych danych są informacje dotyczące kosztów osobowych w sytuacji, gdy jednym z zasadniczych elementów cenotwórczych usługi sprzątania jest koszt pracy. Dane takie mogą zostać uznane za informacje o charakterze organizacyjnym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa zwłaszcza w sytuacji, gdy na rynku występuje zjawisko

32

migracji pracowników. Również dane dotyczące możliwych do uzyskania na konkurencyjnym rynku cen materiałów eksploatacyjnych i sprzętu może być uzasadnione w sytuacji, gdy drugim z elementów cenotwórczych usługi sprzątania jest koszt zakupu środków czystości i sprzętu wynegocjowane przez wykonawcę. Dane te mogą i zasadnie zostały uznane za informacje o charakterze organizacyjnym przydatne do prowadzenia przedsiębiorstwa w sytuacji dużej konkurencji na rynku oraz różnorodności środków i materiałów do utrzymania czystości oraz sprzętu.

Odnosnie zarzutu rażąco niskiej ceny skład orzekający uznaje, że zamawiający właściwie dokonał oceny otrzymanych wyjaśnień. Wykonawcy, w tym przystępujący w podobny sposób, zgodnie z żądaniem zamawiającego wyjaśnili sposób kalkulacji swojej ceny.

W takim stanie rzeczy wobec uznania, że zarzuty odwołań nie potwierdziły się, zostały one oddalone.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: