

Sąd Okręgowy w Słupsku
IV Wydział Cywilny Odwoławczy
ul. Zamenhofs 7
76-200 Słupsk
598469428, 598469564
Biuro Obsługi Interesanta
fax 59 8469567

Słupsk, dnia 27/05/2014 r.

Sygn. akt IV Ca 175/14

Prezes

Krajowej Izby Odwoławczej
Urząd Zamówień Publicznych
ul. Postępu 17 a

02-676 Warszawa

Sąd Okręgowy w Słupsku IV Wydział Cywilny Odwoławczy zwraca po
wykorzystaniu akta sprawy o sygn. KIO 212/14

dot. Jednostka Wojskowa 4220 w Ustce, Anny Kobus - AGROPOL w
Chojnicach, Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski "MOP 83"
sp. z o.o. w Gronowie Górnym.

W załączeniu doręcza odpis wyroku z dnia 5 maja 2014 r wraz z
uzasadnieniem.

Na zarządzenie Sędziego
sekr. sąd. Barbara Fołtyn

Pismo wygenerowane elektronicznie.

Pismo nie wymaga podpisu własnoręcznego na podstawie § 19 ust. 4. zarządzenia Ministra
Sprawiedliwości z dnia 12 grudnia 2003 r. w sprawie organizacji i zakresu działania sekretariatów
sądowych oraz innych działów administracji sądowej jako właściwie zatwierdzone w sądowym systemie
teleinformatycznym.

i KRAJOWA !Z8A ODWOŁAWCZA

Sygn. akt IV Ca 175/14

2C14 -05- 10

WYROK

Dnia 5 maja 2014 r.

Sąd Okręgowy w Słupsku IV Wydział Cywilny Odwoławczy
w składzie następującym :

Przewodniczący Andrzej Jastrzębski
Sędziowie SO: Mariusz Struski (spr.), Mariola Watemborska

Protokolant: sekr. sądowy Agnieszka Urbanowicz

po rozpoznaniu w dniu 24 kwietnia 2014 r., w Słupsku
na rozprawie

ze skargi Jednostki Wojskowej 4220 w Ustce

z udziałem odwołującego Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef
Jankowski "MOP 83" sp. z o.o. w Gronowie Górnym
oraz uczestnika - wykonawcy Anny Kobus - AGROPOL
w Chojnicach

na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2014r.,
sygn. akt. KIO 212/14

I. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że:

a) odwołanie oddala,

b) zasądza od odwołującego Zakładu Sprzątania Wnętrz
Józef Jankowski "MOP 83" sp. z o.o. w Gronowie Górnym
na rzecz zamawiającego Jednostki Wojskowej 4220
w Ustce kwotę 4064 (cztery tysiące sześćdziesiąt czterech)
złotych tytułem zwrotu kosztów,

II. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę
3600 (trzy tysiące sześćset) złotych, tytułem zwrotu kosztów
postępowania przed Sądem Okręgowym w Słupsku,

III. nie obciąża odwołującego kosztami postępowania
należnymi Skarbowi Państwa tytułem zwrotu opłaty od

Sygn. akt IV Ca 175/14

Uzasadnienie

Zamawiający, Jednostka Wojskowa nr 4220 w Ustce, prowadząc w trybie przetargu
nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na „Usługi sprzątania pomieszczeń,

chodników, dróg i placów oraz utrzymania terenów zielonych w kompleksach administrowanych przez Jednostkę Wojskową nr 4220 Ustka - Sekcja Obsługi Infrastruktury Chojnice w latach 2014-2015" poinformował Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez Annę Kobus AGRO-POL z Nieżychowic.

Wobec tego rozstrzygnięcia, wykonawca Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski „MOP 83” sp. z o.o. z siedzibą w Gronowie Górnym złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3-4 i art. 90 ust. 1-3 ustawy z dnia 29 stycznia 2014r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2013r., oz. 907, z późn. zm., zwłana dalej „Pzp”) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejszej, pomimo że wezwany w trybie art. 90 ust. 1 Pzp do złożenia wyjaśnień, dotyczących elementów oferty, mających wpływ na wysokość ceny, wykonawca AGRO-POL złożył wyjaśnienia, lecz dokonana ocena tych wyjaśnień oraz zaniechanie dostarczenia jakichkolwiek dowodów uzasadniających ich treść potwierdzają, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
2. art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3-4, art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 26 ust. 2b i (ewentualnie) art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wykluczenia AGRO-POL z przedmiotowego postępowania, pomimo że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w tym postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jak i sytuacji ekonomicznej i finansowej do wykonania zamówienia, co uzasadnia analiza treści wykazu wykonanych usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich wykonanie i brak dowodu istnienia opłaconej polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej, nadto podanie nieprawdziwych informacji, mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania i niewykazanie dysponowania zasobami podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wyjaśnienia wątpliwości;
3. art. 7 ust. 1 i art. 92 Pzp przez wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem przepisów tej ustawy, w tym określających zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

W konsekwencji powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. ponownego przeprowadzenia badania i oceny oferty złożonej przez AGRO-POL,
3. wybór, jako najkorzystniejszej, oferty Odwołującego.

Wobec złożenia skutecznego zgłoszenia oraz braku opozycji, AGRO-POL z siedzibą w Nieżycho wicach przystąpiło do sprawy po stronie Zamawiającego.

Na przeprowadzonej przez Izbę rozprawie Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko z wyjątkiem zarzutu dotyczącego niewłaściwej formy zobowiązania do udostępnienia wiedzy i doświadczenia, który to zarzut cofnął. Zamawiający wniósł z kolei o oddalenie odwołania, do czego przychylił się Przystępujący.

Po merytorycznym rozpoznaniu odwołania. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zasługuje ono na uwzględnienie, aczkolwiek zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 89 ust. 1 pkt 3-4 i art. 90 ust. 1-3 Pzp zostały uznane za niezasadne. Izba wyjaśniła, że w sytuacji, gdy zamawiający pozytywnie zweryfikował wyjaśnienia złożone przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 90 ust. 1 Pzp, to na odwołującym ciąży wówczas ciężar wykazania, stosownie do dyspozycji art. 190 ust. 1 Pzp w ślad za art. 6 k.c., że w rzeczywistości złożone

wyjaśnienia potwierdzają, iż oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Za nieuzasadniony Izba uznała także twierdzenia Odwołującego o tym, że złożenie przedmiotowej oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, o jakim mowa w art. 15 ust. 1 pkt 1 Pzp Krajowa Izba Odwoławcza podniosła, że pomiędzy stronami niesporna była okoliczność, iż kwotę 447.102,96 zł, przedstawiającą cenę Odwołującego, należy uznać za realną i adekwatną wycenę realizacji przedmiotu zamówienia. Zdaniem Izby, istota sporu sprowadzała się do wyjaśnienia, czy oferta Przystępującego, niższa o niemal 109.000 zł, stanowi również realną i adekwatną wycenę przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego Izba zwążyła, że wyjaśnienia Przystępującego z dnia 20 stycznia 2014r. nie ograniczały się, wbrew przekonaniu Odwołującego, do potwierdzenia zaoferowanej ceny, lecz jednocześnie wskazywały na istnienie po stronie Przystępującego wyjątkowo sprzyjających warunków, umożliwiających wykonanie przedmiotu zamówienia, jak bliskość w stosunku do miejsca wykonania zamówienia zarówno bazy przedsiębiorstwa, w tym zaplecza technicznego, osób realizujących to zamówienie, jak i posiadanie przez AGRO-POL własnego sprzętu o dużej wydajności. W ocenie Izby, Odwołujący nie podważył skutecznie znaczenia tych sprzyjających warunków do wykonania zamówienia przez Przystępującego, nadto nie wykazał, aby przedstawiona we wspomnianym piśmie cena oferty była dotknięta wadami uniemożliwiającymi wzięcie jej pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie wyjaśnień. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że zaoferowana przez AGRO-POL cena nie pokrywa kosztów amortyzacji narzędzi i urządzeń technicznych, wywozu zebranych nieczystości, kosztów administracyjnych i ubezpieczeń. Izba zauważyła przy tym, że w wyjaśnieniach powołano się na okoliczność minimalizującą koszty dojazdu, ludzi i sprzętu i jak sam dostrzegł Odwołujący, różnica pomiędzy kosztami a wynagrodzeniem wyniosła 5.800 zł w przeliczeniu na miesiąc, zaś Odwołujący nie uprawdopodobnił, by przy osiągnięciu mniejszego zysku nie było możliwym pokrycie wszystkich kosztów realizacji zamówienia, których nieuwzględnienie zarzucił w odwołaniu. Wyjaśniła nadto, że zarzuty zaniżania kosztów osobowych oraz niezgodnego z prawem zatrudniania małżonka prowadzącej działalność gospodarczą Anny Kobus bez odprowadzania składek za osobę współprowadzącą tę działalność zostały sprecyzowane dopiero na etapie rozprawy, gdy tymczasem po myśli art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie jest uprawniona orzekać, co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. Tym niemniej zauważono, że Przystępujący oświadczył, iż małżonek prowadzącej działalność gospodarczą jest rolnikiem ubezpieczonym w KRUS, a Zamawiający przedstawił dowody w postaci umów i zestawień, wskazujących, że stawki określone przez Przystępującego są stosowane na rynku lokalnym.

W dalszej kolejności, odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i art. 24 ust. 2 pkt 3-4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 oraz art. 26 ust. 2b i ewentualnie art. 26 ust. 4 Pzp polegającego na zaniechaniu wykluczenia AGRO-POL z postępowania, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia, w szczególności dysponowania w tym zakresie zasobami podmiotu trzeciego, jak i sytuacji ekonomicznej i finansowej, podając nieprawdziwe informacje, mogące mieć wpływ na wynik postępowania, nadto polegającego na zaniechaniu wyjaśnienia wątpliwości, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że trafny okazał się zarzut niewykazania dysponowania wiedzą i doświadczeniem udostępnionym przez podmiot trzeci, co było wystarczające w okolicznościach sprawy, aby stwierdzić, iż AGRO-POL nie spełniła określonego w SIWZ warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Izba ustaliła, że określenie przez Zamawiającego w SIWZ warunku, dotyczącego wiedzy i doświadczenia w sposób następujący: „należy wykazać minimum 3 usługi, odpowiadające przedmiotowi zamówienia” - a - „wartość wykonanych usług nie może być mniejsza niż 600.000 zł” nie precyzowało, co rozumie się przez „usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia”. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, tego rodzaju niejednoznaczność nie może jednak działać na niekorzyść wykonawców, ubiegających się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby, z uwagi na wartość usług objętych wykazem przez Przystępującego i brak sprecyzowania przez Zamawiającego, co należy rozumieć pod pojęciem „usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia”, nie było podstaw do wzywania AGRO-POL do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, błędnie zastosowanym przez Zamawiającego, ani do uzupełnienia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Tym niemniej Izba doszła do wniosku, że uzupełnione przez Przystępującego dokumenty, w wyniku wezwania go przez Zamawiającego, są wystarczające dla uznania

zaofiarowanych przez Odwołującego zarzutów za chybione, z wyjątkiem wspomnianego powyżej. Zdaniem Izby, dokument zatytułowany „Zobowiązanie o współpracy”, zawierający oświadczenie wpisane na gotowym druku o treści: „...zobowiązuję się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów: wiedza i doświadczenie przy realizacji zamówienia publicznego ...” nie mógł stanowić podstawy dla Zamawiającego do pozytywnej weryfikacji rzeczywistego charakteru udostępnienia przez Lucynę Ferlin „GARDEN” Konserwacja Terenów Zieleni wiedzy i doświadczenia na rzecz Przystępującego. Izba podzieliła w tym zakresie wywody odwołania wskazując, że art. 26 ust. 2b Pzp nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia Zamawiającemu, że będzie dysponował takimi zasobami, przy czym w ocenie Izby, przekazanie potencjału wiedzy i doświadczenia musi mieć charakter faktyczny, pozwalający na realne jej wykorzystanie w toku realizacji zamówienia. Z tego też względu, w ocenie Izby, Zamawiający winien był wezwać Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowanie wiedzą i doświadczeniem podmiotu trzeciego, precyzując jednocześnie, na czym polegał stwierdzony przez niego brak i co Przystępujący powinien uzupełnić.

Tytułem zakończenia Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zarzut niewykazania przez Przystępującego warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, który w istocie sprowadzał się do nieprzedstawienia dowodu uiszczenia składki polisy ubezpieczeniowej, był bezpodstawny.

W tej sytuacji Krajowa Izba Odwoławcza, wyrokiem z dnia 20 lutego 2014r., na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzenie czynności oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz badania i oceny ofert z uwzględnieniem wezwania Anny Kobus AGRO-POL w Nieżychowicach do uzupełnienia stosownych dokumentów.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, obciążając nimi Zamawiającego.

Na powyższy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej skargę do Sądu Okręgowego złożył Zamawiający, Jednostka Wojskowa 4220 w Ustce, zaskarżając go w całości i podnosząc następujące zarzuty:

1. obrazę prawa materialnego, polegającą na naruszeniu art. 26 ust. 2b w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że w ustalonym stanie faktycznym Wykonawca Anna Kobus AGRO-POL w Nieżychowicach nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego - Lucyny Ferlin GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni w Nieżychowicach w zakresie wiedzy i doświadczenia, a tym samym, że spełnia warunki udziału w postępowaniu;
2. naruszenie art. 65 k.c. w zw. z art. 14 Pzp przez jego niewłaściwe zastosowanie, w konsekwencji czego KIO dokonała wadliwej oceny oświadczenia woli o udostępnieniu potencjału przez Lucynę Ferlin GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni w Nieżychowicach w zakresie wiedzy i doświadczenia w złożonym oświadczeniu, zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp

W konkluzji powyższego skarżący wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania złożonego przez Zakład Sprzątnia Wnętrz Józef Jankowski MOP 83 Sp. z o.o. w Granowie Górnym w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, jak i obciążenie go kosztami poniesionymi przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Ponadto skarżący wniósł o zasądzenie kosztów postępowania na jego rzecz z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych oraz przeprowadzenie zawnioskowanych w treści uzasadnienia skargi dowodów.

Uzasadniając podniesione zarzuty Zamawiający wskazał, iż KIO bezzasadnie przyjęła, że Wykonawca Anna Kobus AGRO-POL w Nieżychowicach nie wykazał, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego - Lucyny Ferlin GARDEN Konserwacja Terenów

Zieleni w Nieżycho wicach w zakresie wiedzy i doświadczenia, skoro przedłożono zobowiązanie podmiotu trzeciego, spełniające wymogi z art. 26 ust. 2b Pzp Zdaniem Skarżącego, Zamawiający nie był uprawniony do badania dalszych elementów wynikającego stąd stosunku prawnego, zwłaszcza, że na etapie wyboru ofert nie mógł, po myśli art. 23 ust. 4 Pzp żądać umowy/ współpracy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z podanych względów, w ocenie skarżącego, przedłożone przez podmiot trzeci oświadczenie było wystarczające dla wykazania spełnienia przez wykonawcę przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Dodał także, że podmiot trzeci nie musi być podwykonawcą, co ma miejsce w niniejszym przypadku, a w takiej sytuacji ustawodawca zabronił Zamawiającemu żądania od wykonawcy przedłożenia dodatkowych dokumentów w odniesieniu do takiego podmiotu, celem potwierdzenia braku podstaw do jego ewentualnego wykluczenia.

Uzupełniając wywód prawny na rozprawie apelacyjnej pełnomocnik Zamawiającego podniósł, że żądanie innych dokumentów, o których mowa § 1 ust. 6 rozporządzenia RM z 2013r. o dokumentach, wymagałoby wskazania ich w SIWZ, a ponieważ nie były one tam wskazane, Zamawiający nie mógł żądać od Przystępującego po jego stronie Wykonawcy jakichkolwiek dodatkowych dokumentów w przedmiocie zakresu oraz charakteru udostępnianego przez podmiot trzeci potencjału wiedzy i doświadczenia.

Na rozprawie przed Sądem Okręgowym pełnomocnik Zakładu Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski MOP 83 Sp. z o.o. w Gronowie Górnym wniósł o odrzucenie skargi Zamawiającego z tej przyczyny, że udzielone mu pełnomocnictwo jednoznacznie wskazywało, iż był on zobowiązany do odbierania wszelkiej dokumentacji w imieniu Odwołującego. Wskazał, że przepis art. 198 b ust. 2 Pzp nakazuje jednocześnie z wniesieniem skargi doręczenie jej odpisu przeciwnikowi, a więc jego pełnomocnikowi, co nie nastąpiło w niniejszej sprawie i powoduje konieczność odrzucenia przedmiotowej skargi na podstawie art. 370 k.p.c. w- zw. z art. 198 a ust 2 oraz art. 198 b ust. 2 Pzp, przy uwzględnieniu regulacji, pomieszczonych w art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. oraz art. 133 § 3 k.p.c. Uzasadniając w tym zakresie swoje stanowisko odwołał się do orzeczenia Sądu Okręgowego w Szczecinie, sygn. akt II Ca 568/09.

Z daleko posuniętej ostrożności pełnomocnik Odwołującego wskazał, że w przypadku nie podzielenia przez Sąd Okręgowy przedstawionej powyżej argumentacji i przyjęcia skargi Zamawiającego do rozpoznania pragnie zaakcentować, iż potencjał w zakresie wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, jakim chce posilkować się przy realizacji zamówienia

Wykonawca, jest wartością niematerialną, niemającą swojego substratu i z tego względu nie może zostać użyczony przez ten podmiot poprzez złożenie oświadczenia. Zdaniem Odwołującego, obowiązek wezwania firmy AGRO-POL do ponownego przedłożenia dokumentów, ciążyący na Zamawiającym, wpisuje się w treść art. 26 ust. 2b Pzp, ponieważ przedłożone przez wykonawcę jednostronne oświadczenie woli podmiotu trzeciego nie spełnia warunku, o jakim w tym przepisie mowa.

Co znamienne, jak wskazał pełnomocnik Odwołującego, pomimo słusznego jego zdaniem stanowiska KIO w powyższym zakresie, jest on jednak przegranym w niniejszej sprawie, ponieważ uczynienie zadość zaskarżonemu przez Zamawiającego orzeczeniu sprowadza się w istocie do wygenerowania przez Przystępującego po jego stronie Wykonawcy odpowiednich, prywatnych dokumentów. Z tego też względu Odwołujący skonstatował, że Zamawiający wywiódł przedmiotowy skargę jedynie w celu uzyskania zwrotu kosztów postępowania, od których był zwolniony z mocy ustawy, oraz uzyskania korzystnego rozstrzygnięcia w zakresie pozostałych kosztów, w szczególności kosztów zastępstwa procesowego. Z tej przyczyny wniósł o nieobciążanie go kosztami opłaty od złożonej skargi oraz zasądzenie na swoją rzecz od skarżącego zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem Odwoławczym.

Sąd Okręgowy⁷ zważył, co następuje:

Skarga okazała się zasadna.

Jednakże, przed przystąpieniem do jej merytorycznej oceny należało w pierwszym rzędzie odnieść się do wniosku pełnomocnika Odwołującego, złożonego przez niego na rozprawie przed Sądem Okręgowym, a dotyczącego odrzucenia skargi z przyczyn formalnych, leżących po stronie Skarżącego.

Uzasadniając przedmiotowy wniosek pełnomocnik Przeciwnika skargi powołał się na treść art. 198b ust. 2 Prawo zamówień publicznych wskazując, że warunkiem skutecznego, pod względem formalnym, wniesienia skargi jest jednoczesne przesłanie odpisu skargi jej Przeciwnikowi. W rozpoznawanej sprawie rzeczywiście Zamawiający nie doręczył odpisu skargi pełnomocnikowi Spółki Zakład Sprzątania Wnętrz Józef Jankowski MOP 83 w Gronowie Górnym, mimo, iż Spółka ta wnosząc odwołanie w przedmiotowej sprawie ustanowiła zawodowego pełnomocnika w osobie radcy prawnego Jarosława Myśko. Zdaniem wnioskującego, powyższe uchybiło wymogowi określönemu w art. 133 § 3 k.p.c., co uzasadniało odrzucenie skargi na podstawie art. 370 k.p.c.

Godzi się wobec tego przypomnieć, że w postępowaniu toczącym się wskutek wniesienia skargi stosuje się odpowiednio przepisy Kodeksu postępowania cywilnego o apelacji, o ile przepisy rozdziału 3 ustawy Prawo zamówień publicznych nie stanowią inaczej (art. 198a ust. 2). Zdaniem Sądu Okręgowego, realizacja obowiązku przesłania odpisu skargi Przeciwnikowi nie powinna być jednak oceniana przez pryzmat unormowania, wynikającego z art. 133 § 3 k.p.c., ponieważ żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie daje podstaw, wbrew stanowisku pełnomocnika, do odrzucenia a limine skargi z uwagi na to, iż jej odpis został przesłany w ustawowym terminie, jak miało to miejsce w rozpoznawanej sprawie, bezpośrednio stronie postępowania skargowego (czego pełnomocnik Spółki nie kwestionuje).

Uszło bowiem uwadze pełnomocnika, że przepis art. 133 § 3 k.p.c. reguluje kwestię doręczeń, nie zaś obowiązek przesłania odpisu skargi jej Przeciwnikowi, pomieszczony w art. 198b ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto, analiza treści przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że ustawa ta zawiera własne uregulowania dotyczące wymagań, jakie powinna zawierać skarga na orzeczenie Izby (art. 198c) oraz w sposób samodzielny określa podstawy odrzucenia skargi. I tak, zgodnie z treścią art. 198e ust. 1 Pzp, Sąd odrzuca na posiedzeniu niejawnym skargę wniesioną po upływie terminu lub niedopuszczalną z innych przyczyn, jak również skargę, której braków strona nie uzupełniła w terminie, przy czym w orzecznictwie przyjmuje się, że naruszenie obowiązku dołączenia dowodu przesłania skargi jej przeciwnikowi stanowi brak formalny skargi. Z powyższego jednak nie wynika, aby „przesłanie” odpisu skargi pełnomocnikowi przeciwnika skargi było warunkiem skuteczności jej wniesienia. Co istotne, przepis art. 198b ust. 2 Pzp za równoznaczne z wniesieniem skargi uznaje samo jej złożenie w placówce operatora publicznego. Nie sposób zatem uznać, aby omawiany brak formalny miał charakter nieusuwalny, przez co skarga podlegałaby zawsze odrzuceniu.

Podstawy prawnej do przyjęcia takiego stanowiska próżno także szukać w powoływanym przez wnioskującego przepisie art. 370 k.p.c., wobec uregulowania podstaw do odrzucenia skargi w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Sądu Okręgowego, wskazywany bowiem przez wnioskującego skutek ewentualnego błędnego przesłania odpisu skargi powinien jednoznacznie wynikać z przepisów ustawy. Ustawodawca jednak nie uregulował skutków braku przesłania pisma stronie przeciwnej i dlatego nie do przyjęcia jest wykładnia art. 198b ust. 2 Pzp, utrudniająca stronie realizację prawa do Sądu, bez wyraźnego uzasadnienia w treści tego przepisu.

Z tych przyczyn wniosek Przeciwnika skargi o jej odrzucenie należało uznać za nieuzasadniony, co determinowało konieczność merytorycznego rozpoznania złożonej skargi. I już tylko na uboczu należy wspomnieć, że przesłanie przez Skarżącego odpisu skargi bezpośrednio stronie, a nie jej pełnomocnikowi, nie wiązało się dla Przeciwnika Skargi z negatywnymi skutkami procesowymi, skoro pełnomocnik Spółki mógł zaprezentować swoje stanowisko na rozprawie przed tutejszym Sądem Okręgowym.

Odnosząc się natomiast do meritum skargi podzielić należy zarzut Skarżącego, iż przedłożone przez Lucynę Ferlin, prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą GARDEN

Konserwacja Terenów Zieleni w Nieżychowicach, Zobowiązanie o współpracy z dnia 29 grudnia 2013r. (karta 77 akt KIO 212/14) w zakresie wiedzy i doświadczenia bez wątpienia wypełniałoby wymogi z art. 26 ust. 2b Pzp. Rację ma także Skarżący wskazując, że jako Zamawiający nie był uprawniony do badania, ani też do żądania od wykonawcy dalszej dokumentacji w szczególności, iż podmiot trzeci nie występował w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w charakterze jego podwykonawcy, nadto żądanie jakichkolwiek dodatkowych dokumentów wymagałoby uprzedniego ich wskazania w SIWZ. W przeciwnym razie Zamawiający mógłby narazić się na zarzut celowego uchybienia generalnej zasadzie postępowania o udzielaniu zamówień, uregulowanej w art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z przywołanym art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Celem wprowadzenia tej regulacji nowelą z dnia 5 listopada 2009r. (Dz.U.2009.206.1591) było zwiększenie konkurencyjności postępowań o udzielenie zamówienia przez umożliwienie większej liczbie wykonawców wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez możliwość polegania na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunkowe

Co oczywiste, sposób wykazania „polegania” na zasobach innych podmiotów zależy przede wszystkim od specyfikacji zamówienia publicznego oraz rodzaju warunku, w zakresie którego wykonawca odwołuje się do potencjału innych podmiotów. Jeżeli wykonawca zamierza polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Godzi się jednak dostrzec, że komentowany przepis nie precyzuje, za pomocą jakich konkretnie dokumentów winien to uczynić. Wskazuje natomiast, że „w szczególności” takim dokumentem może być „pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. Nie wzbudza więc wątpliwości Sądu Okręgowego, że pisemnym zobowiązaniem może być każde oświadczenie woli innego podmiotu lub umowa, przy czym jego treść powinna bezspornie wskazywać zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, a więc „oddanie wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”. Ponadto warto dodać, że przepisy Prawa zamówień publicznych nie wymagają, a wręcz dopuszczają także każdą formę stosunku łączącego wykonawcę z podmiotem trzecim, mimo iż faktycznie oddanie wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego, czy osobowego, dla realizacji przedsięwzięcia, jak przedmiotowe, jest mało prawdopodobne bez ścisłej współpracy podmiotów w osobach wykonawcy i właściciela opisanego potencjału.

Oczywiście w sytuacji, gdy wykonawca zamierzający skorzystać przy realizacji zamówienia z potencjału innego podmiotu nie wykaże, że posiada takie możliwości, zastosowanie znajdzie przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez niego oświadczeń lub dokumentów, o jakich mowa w art. 25 ust. 1 Pzp lub, którzy nie złożyli pełnomocnictw albo, którzy złożyli wymagane przez Zamawiającego oświadczenia lub dokumenty z art. 25 ust. 1 Pzp, zawierające jednak błędy (...) do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Z kolei przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp stanowi, iż Zamawiający wzywa także w wyznaczonym terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych oświadczeń lub dokumentów.

Przywołane regulacje mają zatem charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładający na Zamawiającego wymóg wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich

wyjaśnienia w sytuacjach w tych przepisach określonych. Tym niemniej nie umożliwiają one do wezwania do uzupełnienia treści złożonych przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów. Zdaniem Sądu Okręgowego, tego rodzaju braków nie da się usunąć w drodze wyjaśnień lub interpretacji na podstawie art. 65 § 1 k.c., ponieważ zarówno oferta jak i zobowiązanie są pisemnymi oświadczeniami woli, wyrażonymi w terminie składania ofert. Próba zaś dostosowania treści oferty w zakresie powierzenia części lub całości zamówienia podwykonawcom do treści takiego zobowiązania w trybie wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 p.z.p., będzie stanowić zakazaną zmianę treści złożonej oferty polegającą na zmianie oferowanego sposobu wykonania świadczenia.

Z tego też względu powyższe rozwiązania należy stosować przy poszanowaniu zasady, wynikającej z brzmienia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co oznacza, że postępowanie Zamawiającego powinno odnosić się do wszystkich uczestników postępowania, i dlatego też jego działanie nie może mieć wpływu na treść składanych dokumentów. Reasumując, w przypadku wezwania przez Zamawiającego jednego spośród wykonawców do złożenia wyjaśnień albo uzupełnienia przez niego dokumentów, koniecznym byłoby wezwanie także pozostałych uczestników w celu zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż mogłoby to naruszać przyjęte kryteria oceny, które nota bene w niniejszym postępowaniu nie były kwestionowane przez żadną stronę.

Tymczasem w kontrolowanej sprawie, jak wynika z analizy Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zakresie kwalifikacji technicznych było złożenie oświadczenia w trybie art. 22 ust. 1 Pzp wraz z wykazem minimum 3 usług, odpowiadających przedmiotowi zamówienia, których wartość nie mogła być mniejsza niż 600.000 zł (k.124, pkt III.2.3.). W celu zaś wykazania powyższego warunku koniecznym był przedłożenie wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, głównych usług w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączenie dowodów, czy zostały wykonane należycie (...) - według wzoru załączonego do oferty.

Zdaniem Sądu Okręgowego zasady te winny odnosić się do wszystkich dokumentów składanych przez wykonawców, jeżeli dotyczą warunków udziału w zamówieniu, określonych przez Zamawiającego, zgodnie z art. 22 Pzp. Tym samym odnoszą się również do dokumentów składanych za osobę, na której zasobach, wiedzy, doświadczeniu, przy wykonaniu zamówienia, wykonawca chce polegać. Takie ustalenie jest zgodne z treścią § 7 ust. 2 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), wydanego na podstawie delegacji ustawowej z art. 25 ust. 2. PZP, który stanowi, iż „w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku innych podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za zgodność z oryginałem odpowiednio przez wykonawcę lub te podmioty.”

Godzi się zauważyć, że powyższe warunki, określone w ocenie Sądu Okręgowego dla wszystkich wykonawców chcących ubiegać się o zamówienie, nie były podważane przez uczestników postępowania. Nie zmienia to jednak faktu, że zostały sformułowane w sposób nieprecyzyjny i dość ogólnikowy, co jednak nie mogło zaważyć na ofertach wykonawców, którzy przedkładali wykazy wykonanych usług, przy realizacji których korzystali z zasobów osób trzecich, zgodnie z zapisem specyfikacji. Oczywiście Zamawiającemu przysługiwało uprawnienie do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia stosownych oświadczeń lub dokumentów, z którego to uprawnienia Jednostka Wojskowa nr 4220 w Ustce nie omieszczała skorzystać.

Jak już wspomniano wyżej, ciężar dowodu na dysponowanie zasobami innego podmiotu leży po stronie wykonawcy, przy czym dowodem będzie tu każdy dowód, który wskazuje na udostępnienie własnych zasobów przez inny podmiot wykonawcy. Ustawa bowiem wymienia jedynie, jako przykład, pisemne zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych na okres korzystania przy wykonywaniu

zamówienia (vide: uzasadnienie wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 lutego 2011 r., V CA 3036/10, sip. Lex nr 1089020).

Analiza akt potwierdza, że działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający zobowiązał wykonawcę AGRO-POL w Nieżychowicach do wykazania, iż będzie on dysponować przy realizacji zamówienia zasobami podmiotu trzeciego. W odpowiedzi na powyższe zobowiązanie Anna Kobus AGRO-POL w Nieżychowicach przedłożyła między innymi Zobowiązanie Lucyny Ferlin o współpracy GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni w Nieżychowicach, z dnia 29 grudnia 2013r., które zostało zakwestionowane przez Odwołującego, a KIO uwzględniła te zarzuty, dzieląc podniesioną na ich uzasadnienie argumentację.

W ocenie Sądu Okręgowego, stanowisko KIO należało jednak uznać za błędne, albowiem postępowanie odnosiło się do wszystkich uczestników postępowania, jak również do wszystkich wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ dokumentów, do których przedłożenia zobowiązani byli wykonawcy. A ponieważ po myśli art. 26 ust. 2b Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu lub potencjale osób trzecich w celu realizacji zamówienia, przy czym ustawa nie wymaga wykazania dysponowania takimi zasobami w sposób szczególny, to za zupełnie wystarczające i spełniające ustawowe wymogi należało uznać zakwestionowane Zobowiązanie. Innymi słowy, samo przekazanie przez podmiot udostępniający swoje zasoby takiego pismennego zobowiązania należy traktować, jako samoistny i wystarczający dowód przekazania tychże zasobów, nawet w zakresie wiedzy i doświadczenia, atrybutów niematerialnych, jak określił je Odwołujący.

Na uboczu wypada zaakcentować, że pełnomocnik Odwołującego się wykonawcy nie podnosił w całym postępowaniu, aby złożone przez Lucynę Ferlin GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni w Nieżychowicach zobowiązanie stanowiło czynność ograniczającą się wyłącznie do przekazania wykonawcy zakwestionowanego oświadczenia jedynie dla pozorów (art. 83 § 1 k.c.), wobec czego poza kognicją Sądu Okręgowego było badanie tej ewentualnej kwestii. Nie istniały także inne podstawy, które nakazywałyby wykluczenie bądź odrzucenie oferty wybranego wykonawcy tylko z tej przyczyny, że w ocenie Odwołującego zakwestionowane przez niego oświadczenie nie traktuje wprost, w sposób materialny, przekazania zasobów wiedzy i doświadczenia GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni w Nieżychowicach na rzecz AGRO-POL w Nieżychowicach.

Konkludując, skoro Zamawiający nie zakazał w SIWZ powierzenia części lub całości zamówienia podwykonawcom, a AGRO-POL w Nieżychowicach, zamierzający polegać na wiedzy i doświadczeniu GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni w Nieżychowicach wskazał w ofercie usługi wykonywane z udziałem tego podmiotu, to nie sposób wymagać od niego, jako wykonawcy uczestniczącego w przetargu na tożsamy sposób, jak pozostali wykonawcy, przedłożenia innych, dodatkowych dokumentów potwierdzających dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego ponad oświadczenie złożone w formie zobowiązania Lucyny Ferlin GARDEN Konserwacja Terenów Zieleni w Nieżychowicach do przekazania wiedzy i doświadczenia AGRO-POL w Nieżychowicach w celu realizacji przedmiotowego zamówienia.

Uznając zatem za uzasadnione zarzuty skargi, Sąd Okręgowy zmienił zaskarżony wyrok i oddalił odwołanie, o czym orzekł na podstawie art. 198f ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010 Nr 113, poz. 759, j.t.).

O kosztach postępowania, należnymi Zamawiającemu od Odwołującego za postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz za postępowanie przed Sądem Okręgowym, postanowiono w oparciu o przepis art. 198f ust. 5 przywołanej ustawy przy zastosowaniu dyspozycji art. 108 § 1 k.p.c. i art. 98 k.p.c.

Mając zaś na uwadze szczególny charakter niniejszej sprawy oraz jej wynik, Sąd nie obciążył Odwołującego kosztami opłaty od wywiedzionej przez Zamawiającego skargi uznając, że etap postępowania skargowego wynikał z wadliwego rozstrzygnięcia Krajowej Izby Odwoławczej i dlatego nie sposób obciążać Spółki Zakład Sprzątania Wnętrz Józef

Jankowski MOP 83 w Gronowie Górnym kosztami w tymże zakresie, o czym orzeczono na

podstawie 198a ust. 2 ustawy w zw. z art. art, 391 § 1 k.p.c. i art. 102 k.p.c.