

Sygn. akt: KIO 791/15, KIO 814/15

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 17 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **J. M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Z.U.P. „Mnichos” J. M. w Łodzi** (sygn. akt KIO 791/15),
- B. w dniu 20 kwietnia 2015 r. przez wykonawcę **S. P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S. P., Igliczna, Zakład Usług Ogrodniczych w Łodzi** (sygn. akt KIO 814/15),

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi**

- A. przy udziale wykonawcy **W. S.**, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą **WIBUD, W. S. w Łodzi**, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 791/15 po stronie zamawiającego,
- B. przy udziale wykonawcy **Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. w Łodzi**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 814/15 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 791/15 i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 6 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy W. S., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD, W. S. w Łodzi w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.2. SIWZ, z**

tego powodu, że wykonawca ten nie udowodnił zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia; w pozostałym zakresie odwołanie oddała,

2. oddała odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 814/15,
3. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 791/15 obciąża **Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi**, zaś kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 814/15 obciąża wykonawcę **S. P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S. P., Igliczna, Zakład Usług Ogrodniczych w Łodzi** i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30.000 zł 00 gr** (słownie: trzydziestu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Z.U.P. „Mnichos” J. M. w Łodzi** i wykonawcę **S. P.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **S. P., Igliczna, Zakład Usług Ogrodniczych w Łodzi** tytułem wpisów od odwołań, po 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez każdego z nich,
 - 3.2. w sprawie o sygn. akt KIO 791/15 zasądza od **Miasta Łodzi, Zarządu Zieleni Miejskiej w Łodzi** na rzecz wykonawcy **J. M.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **Z.U.P. „Mnichos” J. M. w Łodzi** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Łodzi**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Łódź, Zarząd Zieleni Miejskiej w Łodzi - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 9 sierpnia 2013 r. poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „utrzymanie terenów zieleni miejskiej w latach 2015 - 2018”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 stycznia 2015 r., nr 2015/S 009-011269.

W dniu 8 kwietnia 2015 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę J. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Z.U.P. „Mnichos” J. M. w Łodzi, zwanego dalej „odwołującym Mnich” o wyborze w zakresie części 6 zamówienia jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę W. S., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą WIBUD, W. S. w Łodzi, zwaną dalej „przystępującym S.”.

Zamawiający zawiadomił również wykonawcę S. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą S. P., Igliczna, Zakład Usług Ogrodniczych w Łodzi, zwanego dalej „odwołującym P.” o odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie części 7 i 8 zamówienia.

W dniu 17 kwietnia 2015 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołujący Mnich, zaś w dniu 20 kwietnia 2015 r. odwołujący P. . Postępowania odwoławcze toczące się na skutek wniesionych odwołań oznaczono odpowiednio: sygn. akt KIO 791/15 oraz sygn. akt KIO 814/15.

KIO 791/15

Odwołujący Mnich wniósł odwołanie wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wezwania przystępującego S. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.2. SIWZ.

Odwołujący Mnich zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wezwania przystępującego S. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.2. SIWZ.

Odwołujący Mnich wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części 6 zamówienia,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wezwanie przystępującego S. do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w pkt 5.1.2. SIWZ.

W uzasadnieniu odwołujący Mnich podniósł, że zgodnie z postanowieniem pkt 5.1.2. SIWZ zamawiający zastrzegł, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej *1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 900 000 zł, dla części 6 zamówienia. Zamawiający sprecyzował także, że za usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).* Również w odpowiedziach na pytania z dnia 22.01.2015 r. zamawiający udzielił informacji jak należy rozumieć opisany powyżej warunek udziału w postępowaniu w posiadania zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący podniósł, że przystępujący S. celem wykazania spełniania warunku złożył wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego - firmy „Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni” A. K. . Nadto, do oferty załączono referencje dotyczące realizacji zamówienia pn. „Konserwacja zieleni na terenie miasta Bełchatowa w okresie 27.02.2012-26.05.2014 r.”. Zgodnie z treścią ww. referencji podmiot „Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni” A. K., na którego zasoby wybrany wykonawca się powołuje, wykonał następujące usługi:

- 1) konserwację zieleni niskiej (...),
- 2) pielęgnację zieleni wysokiej (...),
- 3) konserwację: czyszczenie chodników, alejek i opasek z darni i chwastów, opryski, czyszczenie różnych typów nawierzchni boisk (...),
- 4) modernizację i urządzenia terenów zieleni (...),
- 5) inne: transport samochodami, zrębkowanie gałęzi, zakładania obrzeży, wykonywanie alejek spacerowych o nawierzchni glinkowo-żwirowej, wymiana piasku w piaskownicy i polach piaskowych (...)

Odwołujący podniósł, że z załączonych do oferty referencji oraz wyjaśnień złożonych dnia 19.03.2015 r., a dotyczących zakresu świadczonej usługi przez podmiot udostępniający potencjał, w żaden sposób nie wynika jednak, że posiada on doświadczenie w zakresie

usług porządkowych takich jak: zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń i opróżnianie koszy na śmieci a wymaganych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ (pkt. 5.1.2). Celem udowodnienia, że zakres ww. usług porządkowych (utrzymania nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń i opróżnianie koszy na śmieci), nigdy nie był przedmiotem umowy w związku z realizacją której podmiot udostępniający potencjał otrzymał wystawione przez Prezydenta Miasta Bełchatowa referencje, odwołujący powołał się na wzór ww. umowy. Ponieważ podmiot „Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni” A. K. na którego potencjał powołuje się wybrany wykonawca nie posiada doświadczenia wymaganego przez zamawiającego w pkt 5.1.2 SIWZ, nie mógł on wybranemu wykonawcy udostępnić wiedzy i doświadczenia, którego sam nie posiada. Zamawiający winien uznać, że wybrany wykonawca nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, oraz w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu w stosownym zakresie.

Ponadto odwołujący Mnich podniósł, że z załączonego do oferty przystępującego S. zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika, że udostępnienie zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia ma rzeczywisty i realny charakter oraz nie służy wyłącznie do formalnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wywiódł, że w treści zobowiązania nie wskazano sposobu w jaki zostanie udostępnione doświadczenie podmiotu trzeciego wybranemu wykonawcy. Brak jest także określenia:

- a) zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposobu wykorzystania zasobu innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakteru stosunku jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Zdaniem odwołującego Mnich samo tylko lakoniczne stwierdzenie, że: „Firma „Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni” A. K. zobowiązuje się służyć wiedzą i doświadczeniem, a także radą i pomocą oraz niezwłocznie stawiać się na każde wezwanie” nie potwierdza realności udostępnienia określonego zasobu podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia. W treści analizowanego zobowiązania podmiotu trzeciego wskazuje się wyłącznie na formalne udostępnienie potencjału wiedzy i doświadczenia wykonawcy. Brak jest natomiast określenia w jaki sposób potencjał będzie wykorzystywany przez wykonawcę w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia. Z tych przyczyn należy uznać, że wybrany wykonawca nie udowodnił zamawiającemu, że będzie dysponował jakimikolwiek zasobami podmiotu „Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zieleni” A. K. w trakcie realizacji zamówienia. Z tych przyczyn, zamawiający winien odmówić wiarygodności złożonemu przez

wybranego wykonawcę zobowiązaniu o którym mowa w art. 26 ust. 2b i wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia złożonej oferty w tym zakresie.

W związku z powyższym odwołujący Mnich wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

KIO 814/15

Odwołujący P. wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu złożonej przez niego oferty w zakresie części 7 i 8 zamówienia,
- 2) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części 7 i 8 zamówienia.

Odwołujący P. zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, a także art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - polegające na bezzasadnym odrzuceniu oferty odwołującego w ramach części nr 7 i 8 zamówienia wskutek niewzięcia pod uwagę tego, że w przypadku Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych S. P. z siedzibą w Łodzi oraz Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. & R. P. z siedzibą w Łodzi nie mamy do czynienia z tym samym podmiotem,
- 2) art. 7 ustawy Pzp przez niezapewnienie przez zamawiającego w toku prowadzenia postępowania zachowania zasady uczciwej konkurencji tj. równego traktowania wykonawców i zachowania bezstronności organu, polegające na tym, że odrzucając oferty złożone przez odwołującego i dokonując wyboru ofert innych wykonawców, mniej korzystnych niż oferty odwołującego, posłużył się przesłanką niezgodności ofert odwołującego z SIWZ, w sytuacji gdy niezgodność ta nie zachodzi,
- 3) art. 83 ust. 3 ustawy Pzp przez błędną wykładnię przedmiotowego przepisu polegającą na nieuzasadnionym przepisami prawa utożsamianiu pojęcia „jednego wykonawcy” jako prowadzonej przez osobę fizyczną działalności gospodarczej ze spółką cywilną działającą przez wspólników.

Odwołujący P. wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia dokonanej przez zamawiającego oceny ofert w części 7 i 8 w tym odrzucenia ofert odwołującego w tych częściach i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert, dokonanie ponownej oceny złożonych ofert w cz. 7 i 8 zamówienia oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w każdej z tych części zamówienia tj. ofert złożonych w tych częściach przez odwołującego.

W uzasadnieniu odwołujący P. podniósł, że zamawiający błędnie uznał, iż oferta odwołującego jest sprzeczna z treścią pkt 3.4. SIWZ. W ocenie zamawiającego przedmiotowa niezgodność polegać ma na tym, że oferty złożone przez odwołującego w

części 7 i 8 zamówienia są ofertami „jednego wykonawcy”, który złożył również oferty w części 1, 2 i 9 zamówienia, podczas gdy w tych częściach zamówienia oferty zostały złożone przez spółkę cywilną, której jedynie jednym ze współników jest odwołujący. Zamawiający uprawniony byłby do odrzucenia ofert złożonych przez odwołującego wyłącznie w przypadku stwierdzenia, że spółka cywilna nie może być wykonawcą zamówienia publicznego, lecz takimi wykonawcami są poszczególni jej współnicy. Spółka cywilna posiada przymiot „wykonawcy” w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że nie kwestionuje co do zasady oceny prawnej wyrażonej przez zamawiającego, że spółka cywilna nie jest sama w sobie podmiotem praw i obowiązków. Nie ma zatem na tym polu rozbieżności pomiędzy oceną zamawiającego i odwołującego. Zdaniem odwołującego powyższy fakt prawny nie ma jednak znaczenia.

Odwołujący wywiódł, że podstawową metodą wykładni prawa jest wykładnia językowa. Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp „wykonawcą” mogą m.in. być (niezależnie od siebie) zarówno „osoba fizyczna” (tutaj: S. P.), jak i „jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej” (tutaj: Zakład Usług Ogrodniczych s. c S. & R. P.). Nie może być zatem mowy, aby aprobować twierdzenie zamawiającego, że oferty do części 7 i 8 oraz 1, 2 i 9 zostały złożone przez jednego/tego samego wykonawcę (por. 3.4. SIWZ).

W dalszej kolejności odwołujący wywiódł, że art. 2 pkt 11 ustawy Pzp (tak jak i cała ustawa) należy do (systemu) prawa publicznego. O zasadności interpretacji zakładającej prawną odrębność spółki cywilnej od osoby fizycznej będącej jej współnikiem w zakresie prawa publicznego przesądza to, że spółka cywilna posiada liczne kompetencje w zakresie prawa publicznego, chociaż nie posiada podmiotowości prawnej sama w sobie. Skoro prawo zamówień publicznych jest prawem publicznym, to w świetle treści i umiejscowienia art. 2 pkt 11 ustawy Pzp, brak jest jurydycznych i wykładniczych argumentów przemawiających za tym, że akurat na gruncie Pzp spółka ta nie posiada takiej suwerenności, żeby ofertę złożoną przez taki rodzaj jednostki organizacyjnej oceniać, jako złożoną przez podmiot tożsamy z jej współnikiem. Odwołujący wywiódł w tym kontekście, że spółka cywilna w prawie publicznym jest przykładowo traktowana jako pracodawca. Spółka cywilna jest także podatnikiem podatku VAT oraz podatku akcyzowego. Identycznie rzecz się przedstawia na gruncie ustawy o opłacie skarbowej. Co istotne, spółka cywilna w świetle ustawy o statystyce publicznej zaliczona została do podmiotów gospodarki narodowej.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że spółka cywilna jest niewątpliwie „jednostką organizacyjną” w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp. Nie ma na omawianej płaszczyźnie znaczenia bezsporny fakt prawny, że spółka cywilna nie posiada osobowości prawnej, nie zmienia to bowiem w żaden sposób tego, że jest ona jednostką organizacyjną, a

przepis art. 2 pkt 11 Pzp nie wymaga, aby jednostka organizacyjna posiadała osobowość prawną, ale wymaga (*expressis verbis*) jedynie tego, aby była to jednostka organizacyjna.

Odwołujący podniósł także, że istnieje jego przedsiębiorstwo i nie zostało to zakwestionowane przez zamawiającego. Także spółka cywilna jest „przedsiębiorstwem”. Tym samym nie jest prawidłowe rozumowanie zamawiającego, że zaszła tożsamość podmiotów i ofert pomiędzy Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych S. P. oraz Zakład Usług Ogrodniczych s. c. S. & R. P., i oferty w części 7 i 8 oraz 1, 2 i 9 zostały złożone przez ten sam podmiot. W przypadku każdego z tych podmiotów mamy do czynienia z odmiennymi (różnymi) przedsiębiorstwami skoro zespoły składników stanowiące ich przedsiębiorstwa były faktycznie i prawnie odrębne. Brak jest jakichkolwiek argumentów pozwalających przyjąć, że treść i skutek czynności prawnej z udziałem w/w spółki cywilnej byłby prawnie doniosły dla S. P. i odwrotnie. W ramach spółki cywilnej zachodzi dodatkowo współwłasność łączna, która nie występuje w przypadku indywidualnych działalności gospodarczej osób fizycznych, zaś te podmioty posiadają oddzielne majątki.

Odwołujący wywiódł także, że punkt 3.4 SIWZ oraz art. 89 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na ich charakter winny być interpretowane ściśle, gdyż zakazana jest wykładania rozszerzająca przepisów represyjnych (a powiązanie tych regulacji ma niewątpliwie taki właśnie charakter, czego dowodzi aktualna sytuacja skarżącego), wskazane powyżej elementy odrębności (od osoby jej współnika) struktury majątkowej i sposobu działania spółki cywilnej wskazują, że interpretacja zamawiającego była nieprawidłowa także w ich perspektywie. Nie można zatem także w ich świetle uznać, że oferty w części 7 i 8 oraz 1, 2 i 9 zamówienia zostały złożone przez ten sam podmiot, a tym samym że zaktualizowały się przesłanki do odrzucenia ofert skarżącego w części 7 i 8 zamówienia.

W dalszej części uzasadnienia odwołujący wywiódł, że zamawiający dokonując odrzucenia jego ofert i dokonując wyboru ofert najkorzystniejszych, dopuścił się jednocześnie naruszenia normy prawnej wynikającej z przepisu z art. 7 ustawy Pzp poprzez uniemożliwienie realizacji zasady uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami. Niezasadne odrzucenie ofert odwołującego prowadziło do wyeliminowania przez zamawiającego z postępowania ofert najkorzystniejszych, co stoi w sprzeczności z normą wynikającą z przepisu z art. 7 ustawy Pzp i jest sprzeczne z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji.

Nie można dopatrzeć się uzasadnienia dla czynności zamawiającego w idei zapewnienia poprzez zastosowane ograniczenie dla wykonawców składania ofert w nie więcej niż trzech częściach postępowania większych gwarancji prawidłowego wykonania przedmiotowych usług przez wykonawców, którzy nie mogą realizować większej ilości części zamówienia niż określona przez zamawiającego. Wywiódł, że przesłanka taka nie została wskazana przez zamawiającego w odniesieniu do informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w części 7 jak i 8 zamówienia. Ponadto powyższej idei nie tyle służy przedmiotowe

ograniczenie zastosowane przez zamawiającego w pkt 3.4 SIWZ, ile pozostałe postanowienia SIWZ dotyczące wymaganych referencji, wiedzy i doświadczenia czy wartości realizowanych prac wymaganych przez zamawiającego w odniesieniu do każdej z części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wywiódł, że to działanie zamawiającego spowodowało ograniczenie konkurencji w tych częściach postępowania, tym bardziej że jak wynika z pozostałych zarzutów było ono w rzeczywistości pozbawione podstawy prawnej.

Odwołujący podniósł, że jeżeli zamawiający określi maksymalną liczbę części zamówienia, na którą można złożyć ofertę, to jeden wykonawca - rozumiany jako ten sam wykonawca - może złożyć ofertę w maksymalnej ilości części zamówienia. W rozumieniu, przepisu art. 83 ustawy Pzp chodzi o tego samego wykonawcę.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący P. wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 791/15 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił przystępujący S. . Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 814/15 po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpień zamawiającemu i odwołującym oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego przystąpił wykonawca Łódzkie Przedsiębiorstwo Ogrodnicze sp. z o.o. w Łodzi. Wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, w których wniósł o oddalenie obydwu odwołań w całości. W odpowiedziach, jak również w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego S., ofertę złożoną przez odwołującego S. P., ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S. P. i R. P. prowadzących działalność gospodarczą pod nazwą S. P., R. P., Zakład

Usług Ogrodniczych s.c., wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego S. z 13 marca 2015 r. o wyjaśnienie dokumentów składanych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia, wyjaśnienie przystępującego S. z 19 marca 2015 r. stanowiące odpowiedź na ww. wezwanie, rozstrzygnięcie postępowania w części 6 i 7 z 9 kwietnia 2015 r., rozstrzygnięcie postępowania w części 8 z 14 kwietnia 2015 r., odwołania, zgłoszenia przystąpienia do postępowań odwoławczych, odpowiedzi na odwołania, umowę z 27 lutego 2012 r. zawartą pomiędzy miastem Bełchatów a A. K., umowę z 5 stycznia 2012 r. nr 008/12 zawartą pomiędzy miastem Bełchatów a firmą Sanicom, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska a także dokumenty stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem któregośkolwiek z odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołań określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez każdego z odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W przypadku odwołującego S. P. w sprawie o sygn. akt KIO 814/15 jego oferta w części 7 i 8 została odrzucona, zaś była ofertą, która w świetle kryteriów oceny ofert mogła być uznana za najkorzystniejszą. Zarzucał on zamawiającemu bezzasadne odrzucenie złożonej przez siebie oferty. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp odrzucił ofertę odwołującego P., prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tej czynności, czego skutkiem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W przypadku odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 791/15 jego oferta w części 6 zamówienia została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Zarzucał zaś zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą do uzupełnienia dokumentów celem potwierdzenia warunku. Ewentualne

nieskuteczne uzupełnienie tych dokumentów oznaczałoby że wykonawca, który złożył tę ofertę zostałby wykluczony z postępowania, zaś oferta odwołującego Mnich znalazłaby się w rankingu na 1 miejscu. Skutkiem powyższego może być uzyskanie przez odwołującego Mnich zamówienia w części 6. Natomiast szkoda, jaką wykonawca ponosi wyraża się w utracie korzyści, jakie wiążą się z uzyskaniem zamówienia.

W konsekwencji uznano, że obu odwołującym przysługiwała legitymacja do wniesienia odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie w sprawie KIO 791/15 zasługuje częściowo na uwzględnienie, zaś odwołanie w sprawie KIO 814/15 jest w całości niezasadne.

KIO 791/15

Ustalono, że zamawiający stosownie do art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 3 ustawy Pzp opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki muszą wykazać wykonawcy aby ubiegać się o udzielenie zamówienia. W pkt 5.1.2. SIWZ zamawiający zastrzegł, że *wykonawca winien wykazać, że należycie wykonał lub wykonuje w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości nie mniejszej niż 900 000 zł brutto (dla części 6 zamówienia).*

W tym samym postanowieniu zamawiający doprecyzował, że *za usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia Zamawiający uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).*

W postanowieniu pkt 5.2. SIWZ wskazano, że *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Dokument należy złożyć w oryginale.*

W postanowieniu pkt 6.1.3 SIWZ zastrzeżono, że w celu oceny spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia wykonawcy obowiązani są złożyć:

- a) wykaz wykonanych lub wykonywanych głównych usług w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich przedmiotu, wartości, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi były lub są wykonywane (wg wzoru - załącznik Nr 5 do SIWZ),
- b) dowody określające, czy usługi te były lub są wykonywane w sposób należyty.

W pkt 6.2. SIWZ zamawiający postanowił, iż wykonawca, wykazując spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 u.p.z.p. polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, winien złożyć pisemne zobowiązanie tych podmiotów zawierające, oprócz informacji o podmiocie udostępniającym i przyjmującym zasoby, co najmniej:

- a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu,
- b) sposób wykorzystania przez Wykonawcę zasobów przy wykonywaniu zamówienia,
- c) charakter stosunku, jaki będzie łączył Wykonawcę z innym podmiotem,
- d) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

Ustalono także, że do zamawiającego wpłynął wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ o treści: *Co Zamawiający rozumie pod pojęciem „co najmniej 1 usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia”? Czy będzie spełniony warunek jeżeli wykażemy 1 usługę na prace porządkowe i kolejną oddzielną na prace ogrodnicze? Czy warunek będzie spełniony jeżeli posiadamy jedną usługę na prace ogrodnicze wraz z pracami porządkowymi i kolejną na obiekty zabytkowe?*

Ustalono, że na tak zadane pytanie zamawiający 22 stycznia 2015 r. udzielił następującej odpowiedzi: *Zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (pkt 5.1.2) za usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia zamawiający uzna wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/zlecenia prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).*

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący S., celem wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym powołał się na wiedzę i doświadczenie nabyte z tytułu świadczenia usług ogrodniczych i usług porządkowych na terenach zieleni miejskiej, w tym na terenie parku

wpisanego do rejestru zabytków, o wartości brutto 2.624.699,92 zł, wykonanych w okresie od 27 lutego 2012 r. do 26 maja 2014 r. na rzecz Urzędu Miasta Bełchatowa przez A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. K., Urządzanie i Utrzymanie Terenów Zielonych w Buczku.

Do wykazu załączono referencje Miasta Bełchatowa dotyczące realizacji zamówienia dotyczącego usługi konserwacji zieleni na terenie miasta Bełchatowa w okresie 27.02.2012-26.05.2014r. Zgodnie z treścią ww. referencji w zakres umowy wchodziło wykonywanie następujących usług:

- 1) konserwacja zieleni niskiej (...),
- 2) pielęgnacja zieleni wysokiej (...),
- 3) konserwacja: czyszczenie chodników, alejek i opasek z darni i chwastów, opryski, czyszczenie różnych typów nawierzchni boisk (...),
- 4) modernizacja i urządzenia terenów zieleni (...);
- 5) inne: transport samochodami, zrębkowanie gałęzi, zakładania obrzeży, wykonywanie alejek spacerowych o nawierzchni glinkowo-żwirowej, wymiana piasku w piaskownicy i polach piaskowych (...).

Do oferty załączono również oświadczenie A. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą A. K., Urządzanie i Utrzymanie Terenów Zielonych w Buczku z 18 lutego 2015 r. Zgodnie z treścią tego oświadczenia, podmiot ten zobowiązuje się nieodpłatnie, w formie doradztwa udostępnić przystępującemu S. całą posiadaną wiedzę i doświadczenie zawodowe oraz posiadane przez siebie myśli zdobyczy technicznej i organizacyjnej przez oddanie do dyspozycji wszystkich zasobów na okres korzystania z nich przez przystępującego S. przy wykonywaniu zamówienia na rzecz zamawiającego. Oświadczył, że zobowiązuje się służyć wiedzą i doświadczeniem a także radą i pomocą oraz niezwłocznie stawić się na każde wezwanie i dołożyć wszelkich starań by zapewnić gwarancję należytego wykonania przedmiotowego zadania.

Ustalono także, że wskutek wezwania zamawiającego pismem z dnia 19 marca 2015 r. przystępujący S. złożył wyjaśnienia w których wskazał, że usługi wykonane na terenach parków, zieleńców, skwerów i zieleni osiedlowej na terenie miasta Bełchatowa stanowią kwotę 1.761.383,73 zł po wyłączeniu z wykazu również prac budowlanych.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie.

Izba uznała za niezasadny zarzut jakoby podmiot trzeci, na którego zasobach przystępujący się opierał wykazując warunek wiedzy i doświadczenia, miał nie posiadać wiedzy i doświadczenia odpowiadającego wymogom z pkt 5.1.2 SIWZ. W powołanym

postanowieniu zamawiający wymagał udokumentowania wiedzy i doświadczenia w należywym wykonaniu o najmniej 1 usługi odpowiadającej rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o określonej wartości. W SIWZ doprecyzowano także, że za usługę odpowiadającą rodzajowo usługom stanowiącym przedmiot zamówienia zostanie uznane wykonanie lub wykonywanie w ramach jednej umowy/kontraktu/ zlecenia prac na terenach parków i/lub zieleńców/skwerów i/lub zieleni osiedlowej obejmujących zarówno usługi ogrodnicze (cięcia pielęgnacyjne drzew i krzewów, koszenie trawników, wygrabianie liści, nasadzenia roślin) i usługi porządkowe (zimowe utrzymanie nawierzchni, oczyszczanie pozimowe i zmiatanie alejek, zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy na śmieci).

Zdaniem Izby wykładnia spornego postanowienia, jaką odwołujący Mnich przedstawił w odwołaniu nie była prawidłowa. Spór pomiędzy stronami sprowadzał się do tego, czy w świetle przywołanych postanowień wykonawca obowiązany był wykazać się doświadczeniem w wykonaniu wszystkich czynności opisanych przez zamawiającego w nawiasach, a składających się na usługi porządkowe, czy też nie. Zdaniem Izby akcent przy wykładni postanowienia należy postawić na tym jego fragmencie, zgodnie z którym należało udokumentować doświadczenie w wykonaniu usług jedynie „odpowiadających rodzajowo” przedmiotowi zamówienia, a z nim identycznych. Zamawiający w postanowieniu pkt 5.1.2 dwukrotnie posłużył się tym sformułowaniem, w opisie samego warunku jak i w jego definicji. Dostrzeżenia wymaga, że w myśl art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis warunku powinien być jedynie związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny a nie z nim identyczny. Zatem przy wykładni spornego postanowienia w zakresie warunku należało założyć, że intencją zamawiającego było opisanie warunku w sposób odpowiadający regułom wynikającym z ustawy Pzp. Nie ulegało wątpliwości, że w świetle spornego zapisu oczekiwano doświadczenia w wykonaniu dwóch kategorii (rodzajów) prac: ogrodniczych i porządkowych. Zdaniem Izby opis czynności, który znalazł się w nawiasach, stanowił jedynie doprecyzowanie tego, o jakiego rodzaju pracach ogrodniczych i porządkowych zamawiający się wypowiada. W języku polskim nawias stosuje się w tekstach do wyodrębniania pod względem logicznym fragmentów mniej istotnych. Tekst przedstawiony w nawiasie zazwyczaj pełni rolę uzupełniającą czy też komentującą tekst główny. Zatem, wbrew stanowisku odwołującego, postanowienie pkt 5.1.2 SIWZ nie nakładało na wykonawców obowiązku wykazania doświadczenia w wykonaniu wszystkich czynności z zakresu omawianych rodzajów prac.

Zakres wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w wykonaniu prac ogrodniczych, nie był sporny pomiędzy stronami. Sporny natomiast pozostawał natomiast zakres wiedzy i doświadczenia nabytych przez podmiot trzeci podczas wykonywania prac porządkowych na rzecz miasta Bełchatowa.

W świetle dowodu z dokumentu - warunków technicznych stanowiących załącznik nr 1 do umowy z 27 lutego 2012 r. łączącej miasto Bełchatów z podmiotem trzecim, podmiot ten wykonywał tego rodzaju czynności, które mogą być kwalifikowane jako usługi porządkowe. Jak wynikało z pkt III.4 załącznika nr 1 do umowy, przedmiotem usługi jaką wykonywał podmiot trzeci było oczyszczanie chodnika i opasek oraz płyt chodnikowych z przerastających traw i wywiezienie odpadów. W świetle pkt III.5 ww. załącznika podmiot trzeci zobowiązany był wykonywać także usuwanie darni z alejek z wywiezieniem odpadów. Z kolei w myśl pkt III.6 jego obowiązkiem było usuwanie przerastających traw i chwastów m. in. z ciągów pieszych, chodników. Wreszcie, w świetle pkt III.1, kropka pierwsza i ostatnia, załącznika wykonywał on czynności z zakresu grabienia trawników wraz z wywozem odpadów. Nadto usuwał on chwasty i trawy w pasie do 50 cm jezdni wzdłuż krawężnika (kropka ostatnia).

W ocenie Izby wywiezienie odpadów powstających w trakcie wykonywania opisanych wyżej czynności może być kwalifikowane jako usługa o charakterze porządkowym. Nie jest bowiem istotna nazwa danej czynności („wywiezienie odpadów” zamiast „usługi porządkowe”), ale jej charakter. Ponadto skoro w ramach umowy grabione były trawniki to przedmiot umowy obejmował również wywiezienie odpadów znajdujących się na tych trawnikach (śmieci, puszek, niedopałków zalegających na trawnikach itp). Nie ulegało wątpliwości, że zakres usług porządkowych nie wyczerpywał całego katalogu czynności wskazanych w nawiasie w pkt 5.1.2. SIWZ. Świadczył o tym zakres umowy z 5 stycznia 2012 r. nr 008/12 zawartej przez miasto Bełchatów z Przedsiębiorstwem Komunalnym Sanicom Sp. z o. o. w Bełchatowie, którą złożył na rozprawie odwołujący Mnich. W świetle ww. umowy jej przedmiotem był bowiem wywóz odpadów pochodzących z koszy ulicznych i parkowych, a także usuwanie zanieczyszczeń z terenu miasta w tym także z terenów zielonych. Przedmiotem umowy było również usuwanie liści z chodników, ulic, parkingów. A zatem ten zakres usług porządkowych został powierzony innemu przedsiębiorcy i z pewnością był wyłączony z umowy łączącej miasto z podmiotem trzecim. Jednakże – zdaniem Izby – okoliczność ta pozostawała bez znaczenia z punktu widzenia prawidłowo odczytanej treści warunku, o czym wspomniano wcześniej. Biorąc powyższe pod uwagę Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się w ustalonym stanie faktycznym.

Za zasadny uznano zarzut dotyczący nieudowodnienia zamawiającemu, iż przystępujący S. w trakcie realizacji zamówienia będzie rzeczywiście i faktycznie dysponował zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego A. K., Urządzenie i Utrzymanie Terenów Zielonych w Buczku. Izba stwierdziła, że zamawiającemu nie złożono takich dowodów, które umożliwiłyby ustalenie, że przystępujący zapewnił sobie dysponowanie

zasobem wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem zagwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu. O tym, że takiemu właśnie celowi mają służyć ww. dowody świadczy treść § 1 ust. 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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. poz. 231).

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza, jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO *jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego*. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (*por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32.*

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, *sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy*. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (*por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE*).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, *obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłużeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednolicenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).*

Przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 47 ust. 2 oraz art. 48 ust. 3 dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114), zwanej dalej „dyrektywą”. W myśl ww. przepisów prawa unijnego, wykonawca może w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Zgodnie z prawem unijnym, możliwość powołania się wykonawcy na zasoby podmiotu trzeciego nie jest nieograniczona, dopuszczalna jest w „stosownych sytuacjach” i w „przypadku konkretnego zamówienia”. Wykładni ww. pojęć dokonał zaś Trybunał Sprawiedliwości UE. *„Takie odwołanie się do zewnętrznych środków podlega jednak pewnym warunkom. Zgodnie z treścią art. 23 dyrektywy 92/50, podmiot zamawiający ma obowiązek zweryfikowania czy usługodawca jest odpowiedni, w oparciu o określone kryteria. Weryfikacja ta ma w szczególności na celu umożliwienie podmiotowi zamawiającemu upewnienia się, że zwycięski oferent będzie naprawdę mógł wykorzystywać wszelkie wskazane przez niego zasoby przez cały czas wykonywania zamówienia.”* „Przepisy dyrektywy 92/50 dopuszczają wykazanie przez usługodawcę, że spełnia on ekonomiczne, finansowe i techniczne kryteria udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne na usługi poprzez oparcie się na sytuacji innych podmiotów, niezależnie od prawnego charakteru powiązań z tymi podmiotami, pod warunkiem że może wykazać, iż ma faktycznie do swej dyspozycji zasoby tych podmiotów potrzebne do wykonania zamówienia.” (orzeczenie Trybunału z dnia 2 grudnia 1999 roku w sprawie C-176/98 Holst Italia SpA przeciwko Comune di Cagliari). Trybunał w orzeczeniu tym wskazywał ponadto, że ciężar wykazania, że wykonawca faktycznie może korzystać przy wykonywaniu zamówienia z udostępnionych mu zasobów obciąża wykonawcę, który na

takie udostępnienie się powołuje. *„Jeśli celem wykazania swej sytuacji finansowej, ekonomicznej i technicznej po to by zostać dopuszczonym do przetargu spółka wskazuje zasoby podmiotów lub przedsiębiorstw z którymi jest bezpośrednio lub pośrednio powiązana, niezależnie od charakteru takich powiązań, spółka musi wykazać, że faktycznie może korzystać z zasobów tych podmiotów lub przedsiębiorstw, które nie należą do niej samej a są niezbędne do wykonania zamówienia.”.*

Izba stwierdziła, że przystępujący S. nie zdołał udowodnić zamawiającemu, że wiedza i doświadczenie podmiotu trzeciego wynikająca z faktu uprzedniego realizowania analogicznej usługi znajdzie takie przełożenie na realizację tego zamówienia publicznego, że pomimo iż zamówienie to uzyska podmiot w ogóle nie posiadający wymaganej wiedzy ani doświadczenia, to jednak będzie realizował je tak jak podmiot taką wiedzę i doświadczenie posiadający. Za wypełnienie obowiązku udowodnienia, nałożonego na wykonawcę w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie można uznać niezwykle ogólnych oświadczeń, sprowadzających się de facto do dwóch zdań. Treść zobowiązania podmiotu trzeciego nie gwarantowała zamawiającemu choćby w minimalnym stopniu, że wiedza i doświadczenia podmiotu trzeciego znajdą jakiegokolwiek przełożenie na status przystępującego. O ile można się zgodzić, że wiedzę w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (teorię) można spróbować przekazać przez doradztwo i konsultacje to jednak nie wiadomo, czy umówiony sposób przekazania tej wiedzy taki skutek zagwarantuje. Nie wiadomo bowiem, jak owo doradzanie będzie się odbywać. Nie wiadomo, kto będzie przekazywał przystępującemu teorię na temat wykonywania usług ogrodniczych i porządkowych. Nie wiadomo jak często owo przekazywanie teorii będzie się odbywało i czy umówiona częstotliwość (sposób reakcji) zagwarantuje zamawiającemu, że w każdym przypadku gdy przystępujący z powodu braku wiedzy nie będzie mógł zrealizować zamówienia, uzyskane wsparcie podmiotu trzeciego pozwoli na usunięcie wynikłych problemów. Ponieważ przystępujący w ogóle nie legitymuje się wiedzą wymaganą przez zamawiającego, owo doradzanie, aby zostało uznane za wsparcie o charakterze realnym i rzeczywistym musi mieć charakter ścisły, bieżący. Za zastanawiający należy uznać fakt, że w świetle zobowiązania owo doradztwo ma mieć charakter nieodpłatny i wykonywane będzie przez podmiot posiadający siedzibę w innym mieście, aniżeli to w którym usługa ma być wykonywana. Jeżeliby założyć, że rzeczywiście współpraca przystępującego i podmiotu trzeciego ma sięgać tak daleko, że uda mu się przekazać całą teorię co do sposobu wykonywania usługi ogrodniczej i porządkowej, a następnie w toku realizacji zapewnić, żeby ta wiedza znalazła przełożenie na realizację usługi, to trudno uznać, aby przekazanie całego know-how nastąpiło w ramach luźnej współpracy, nieodpłatnie i na odległość. Wszak musi to być współpraca nie tylko z dnia na dzień, ale wręcz z godziny na godzinę.

Natomiast w ogóle wątpliwe wydaje się przekazanie w drodze doradztwa doświadczenia w rozumieniu art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Doświadczenie to zasób praktycznych, nabytych umiejętności, wyuczonych reakcji wynikających z faktu, że już się kiedyś analogiczną usługę z powodzeniem zrealizowało. Trudno zatem przekazać drugiemu coś, co można nabyć jedynie samodzielnie. Jak się wydaje, aby zapewnić cel jakim jest to, aby zamówienie uzyskał jedynie podmiot posiadający realne wsparcie podmiotu doświadczonego, część zamówienia musiałyby zostać zlecona takiemu podmiotowi trzeciemu. Nawet jeżeliby jednak hipotetycznie założyć, że w ramach bliżej niesprecyzowanego, nieodpłatnego „doradztwa” na odległość możliwe jest nabycie wymaganego doświadczenia przez przystępującego, to jednak w treści dokumentów złożonych zamawiającemu nie można odnaleźć żadnego dowodu, który gwarantowałby zamawiającemu, iż praktyczne umiejętności podmiotu trzeciego w wykonaniu usług ogrodniczych i porządkowych zostaną przekazane przystępującemu.

Stanowiska Izby nie zmieniła argumentacja zamawiającego, który wywodził, że przekonującego dowodu w rozumieniu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie złożył także odwołujący. Powyższe nie musi świadczyć o tym, że dowód przystępującego jest wystarczający. Może się bowiem okazać, że uchybienia podobne do zarzucanych przystępującemu popełnił odwołujący.

Zdaniem Izby, skupianie się wyłącznie na stronie formalnej (złożenia jakiegokolwiek dokumentu nazwanego pisemnym zobowiązaniem do oddania zasobów i abstrahując od jego treści), przyzwolenie na handlowanie referencjami, bez udowodnienia, że rzeczywiście zasoby te zostaną użyte przy realizacji zamówienia stoi w sprzeczności z celami i brzmieniem przywoływanej dyrektywy i jednoznacznym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE. Nie jest to bowiem „stosowna sytuacja”, o której mowa w art. 47 ust. 2 i 48 ust. 3 dyrektywy i powołanych wcześniej orzeczeniach TS UE.

Według Izby przyjęcie wykładni prawa krajowego sprzecznej z prawem unijnym prowadzi do szeroko opisywanego w literaturze zjawiska handlu referencjami w celu uzyskania zamówienia publicznego. Polega ono na kserowaniu referencji należących do podmiotów trzecich i składaniu nie mających żadnego przełożenia na rzeczywistość zobowiązań. Zwrócono na to uwagę w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1333/10: *„zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 7 czerwca 2010 roku do udostępnienia wyłącznie wiedzy i doświadczenia bez jednoczesnego wskazania sposobu korzystania w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia z udostępnionych zasobów jest niewystarczające dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odmienne stanowisko i zgoda na brak udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie, może prowadzić do tzw. „handlu referencjami” oraz stwarzać sytuacje, w której zamawiający dokona wyboru wykonawcy,*

który nie będzie zdolny w sposób należyty zrealizować zamówienie publiczne". Na to zjawisko zwrócono także zjawisko w piśmiennictwie (por. m.in. Zofia Józwiak, „Handel referencjami może psuć przetargi”, Rzeczpospolita, 7 lutego 2012 r.). Przyjęcie takiej praktyki powodowałoby, że stawianie warunków udziału w postępowaniu stawałoby się w ogóle bezcelowe, weryfikacja wykonawców nie miałaby żadnej wartości dla zamawiającego, a w konsekwencji realizację zamówień powierzałoby się podmiotom nie mającym do tego kwalifikacji. Tymczasem, jak wynika z motywu 39 powołanej dyrektywy, zamawiający ma prawo wymagać od wykonawców szczególnego poziomu kompetencji w celu dopuszczenia ich do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Zjawisko to prowadzi także do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wynikającej z art. 7 ustawy Pzp jak i przepisów prawa unijnego (por. art. 2 dyrektywy). Na równi traktowani są bowiem wykonawcy, którzy stosowną wiedzę i doświadczenie posiadają i ci którzy ich nie posiadają, nie zapewniając sobie jednocześnie na czas wykonywania zamówienia realnego wsparcia podmiotu trzeciego, który może pochwalić się stosownym doświadczeniem. Prowadzi to do sytuacji, w której zamówienie realizowanie jest przez wykonawcę, który nie posiada stosownego doświadczenia (czy to własnego, czy też zapewnionego), zaś stosowne, minimalne doświadczenie nabywa dopiero w procesie realizacji zamówienia publicznego.

W konsekwencji uznano, że zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż pomimo tego, iż przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, zamawiający nie wezwał go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów celem potwierdzenia warunku.

Biorąc powyższe pod uwagę, z uwagi na niedostateczny sposób udowodnienia faktu realnego polegania na zasobie podmiotu trzeciego, Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności wezwania przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

KIO 814/15

Ustalono, że w myśl pkt 3.1. SIWZ, przedmiotem zamówienia jest wykonanie prac ogrodnich i porządkowych na terenach zieleni miejskiej tj. parków i zieleńców. Stosownie do pkt 3.2 SIWZ przedmiot zamówienia podzielono na 10 części:

- część 1 – Julianów – rejon zabytkowy,
- część 2 – Dolina Łódki - rejon zabytkowy,
- część 3 – Stoki - Radiostacja - rejon zabytkowy,
- część 4 – Dolina Jasiona - rejon zabytkowy,

- część 5 - Chojny – Dąbrowa - rejon zabytkowy,
- część 6 – Stare Polesie - rejon zabytkowy,
- część 7 – Zdrowie – Retkinia - rejon zabytkowy,
- część 8 – Stare Miasto – Bałuty Zachodnie,
- część 9 - Śródmieście - rejon zabytkowy,
- część 10 – Widzew – Olechów.

Ustalono również, że zamawiający w pkt 3.4. SIWZ zastrzegł, że dopuszcza złożenie oferty na więcej niż jedną część zamówienia jednak nie więcej niż na 3 (trzy) części.

W oparciu o treść protokołu postępowania oraz oferty ustalono także, że na część 7 i 8 zamówienia swoją ofertę złożył odwołujący S. P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. P., Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych. Ustalono również, że na część 1, 2 i 9 zamówienia ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. P. i R. P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Ogrodniczych s. c.

Ustalono również, że zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w zakresie części 7 i 8 zamówienia. Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym swej czynności wskazał, że oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż jej treść nie odpowiada treści pkt 3.4. SIWZ. Wskazał, że w myśl pkt 3.4. SIWZ dopuszczał składanie ofert częściowych, jednak nie więcej niż na 3 części. Zamawiający wskazał, że odwołujący S. P. jako wykonawca występujący pod nazwą Iglicznia Zakład Usług Ogrodniczych złożył ofertę na część 7 i 8 zamówienia. Niezależnie od tego S. P. będący jednocześnie współnikiem spółki cywilnej złożył ofertę jako Zakład Usług Ogrodniczych s.c. S. i R. P. na część 1, 2 i 9 zamówienia. Zgodnie z art. 860 k.c. spółka ta jest stosunkiem prawno-zobowiązaniowym, którego istotą jest dążenie do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, jest jedynie umową zawartą przez współników i nie posiada odrębnej zdolności prawnej od zdolności jej współników. W obrocie prawnym występują więc wspólnicy spółki cywilnej, natomiast sama s.c. nie jest podmiotem praw i obowiązków, nie może zatem składać oświadczeń woli. Wskazał, że udział współników s.c. w postępowaniach o udzielenie zamówienia jest traktowany jako wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia w rozumieniu art. 23 ustawy Pzp. Udział tego samego podmiotu w trzech ofertach składanych wraz z innym podmiotem a jednocześnie złożenie odrębnych ofert jako odrębni przedsiębiorcy – każdy dodatkowo w innych częściach - należy uznać za oferty tego samego podmiotu, stanowiące pięć oświadczeń złożonych przez jednego wykonawcę w tym samym postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 10 części. Zastrzegł jednak przy tym w pkt 3.4. SIWZ, że dopuszcza złożenie oferty na więcej niż jedną część zamówienia jednak nie więcej niż na 3 (trzy) części. Ustalono także, że ofertę na część 7 i 8 złożył odwołujący – S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą S. P., Igliczna, Zakład Usług Ogrodniczych w Łodzi. Z kolei w części 1, 2, 9 zamówienia ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S. P. i R. P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Ogrodniczych spółka cywilna.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego jakoby spółka cywilna miała stanowić odrębny od jej wspólników podmiot prawa cywilnego. Przypomnienia wymaga, że spółce cywilnej nie został przyznany przymiot osobowości prawnej. W uchwale Sądu Najwyższego w składzie siedmiu sędziów z dnia 26 stycznia 1996 r., III CZP 111/95 (OSNC 1996, nr 5, poz. 63), stwierdzono, że spółka prawa cywilnego nie ma zdolności prawnej także w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Co więcej, spółka cywilna nie jest także tzw. „ułamną osobą prawną” w rozumieniu art. 33¹ Kodeksu cywilnego. Jak wynika bowiem z powołanego przepisu, *do jednostek organizacyjnych, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, stosuje się odpowiednio przepisy o osobach prawnych. Z powyższego wynika, że aby mówić o odrębnej zdolności prawnej spółki cywilnej musiałby istnieć wyraźny przepis, który przyznawałby jej taką zdolność. Ponieważ ustawodawca nie przyznał spółce cywilnej zdolności prawnej, to fakt ten nie pozwala zaliczyć spółki cywilnej nawet do jednostek organizacyjnych w rozumieniu art. 33¹ k.c., do których odpowiednio stosuje się przepisy o osobach prawnych. Powyższe prowadzi do wniosku, że spółkę cywilną na gruncie prawa cywilnego należy traktować wyłącznie jako stosunek prawnozobowiązaniowy, a nie jako jednostkę organizacyjną funkcjonującą jako odrębny podmiot prawa cywilnego. Spółka cywilna, w przeciwieństwie do ułamnych osób prawnych, nie posiada odrębnej zdolności prawnej od zdolności jej wspólników. *Spółka cywilna nie tworzy odrębnych podmiotowych struktur organizacyjnych, jest jedynie umową zwartą przez jej wspólników, której żaden przepis kodeksu cywilnego nie przyznaje zdolności prawnej odrębnej od zdolności jej wspólników, tak jak ma to miejsce w przypadku jednostek organizacyjnych nie posiadających osobowości prawnej, o których mowa w 33¹ k.c. Istota spółki cywilnej wyczerpuje się więc w dwu - lub nawet wielostronnym stosunku obligacyjnym, łączącym wspólników (por: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 października 2003 r., sygn. akt I CK 201/02, System Informacji Prawnej LEX nr 151608).**

Skutki nieposiadania zdolności prawnej przez spółkę cywilną są daleko idące. Spółka cywilna nie posiada własnego majątku, który jest majątkiem wspólnym wspólników. Nabywa prawa i zaciąga zobowiązania nie spółka cywilna, ale wszyscy wspólnicy. Wreszcie za zobowiązania nie odpowiada spółka ale wspólnicy s.c. Nie jest zatem prawidłowe stanowisko odwołującego jakoby treść i skutek czynności prawnej z udziałem spółki cywilnej nie jest prawnie doniosły dla S. P. i odwrotnie. Za zobowiązania S. P. zaciągnięte jako wspólnika spółki cywilnej odpowiada również S. P. jako przedsiębiorca prowadzący inną działalność całym swoim majątkiem, w tym również posiadany z tytułu tej innej działalności gospodarczej. Ponadto jest to odpowiedzialność bezpośrednia, pierwszorzędna a nie subsydiarna. Biorąc pod uwagę powyższe, nawet jeżeli ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia złoży podmiot oznaczony jako A i B spółka cywilna, to i tak zobowiązania z tytułu złożonej oferty zaciąga nie ta spółka cywilna, ale wspólnicy A i B. Wreszcie wspólność majątku wspólników, na jaką powoływał się odwołujący, jest jedynie efektem umowy spółki. Ma charakter wtórny wobec pierwotnego stosunku prawnego o charakterze osobistym.

Niezasadne jest powoływanie się na wyrok TS z dnia 23 grudnia 2009 r. w sprawie C-376/08 Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl v. Comune di Milano,. W wyroku tym wskazano co prawda, że nie tylko przedsiębiorstwa powiązane mogą złożyć konkurencyjne względem siebie oferty w postępowaniu i nie stanowi to automatycznej przesłanki ich eliminacji, ale nawet gdy jedna z ofert została złożona przez konsorcjum z udziałem podmiotu, a druga samodzielnie przez ten podmiot, również nie można z samego tego faktu wywodzić naruszenia zasady uczciwej konkurencji, a prawo krajowe, które nakazuje automatyzm odrzucenia ofert w takiej sytuacji, jest w sprzeczności z dyrektywami UE. Wyrok ten dotyczył jednak konsorcjum prawa włoskiego. Jak wynikało z opisu tej sprawy konsorcjum to miało charakter stały, działało w imieniu własnym, a nie w imieniu swych członków (tak też komentatorzy: Włodzimierz Dzierżanowski, Jarosław Jerzykowski, Małgorzata Stachowiak, komentarz, LEX 2010, Komentarz do art. 82 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.). Z taką sytuacją nie mamy zaś do czynienia w analizowanej sprawie, gdyż wobec braku zdolności prawnej spółka cywilna nie działa w imieniu własnym.

Stanowiska Izby nie zmienia fakt, że na gruncie niektórych przepisów prawa publicznego niekiedy ustawodawca przyznaje pewne atrybuty zdolności prawnej spółce cywilnej. Rzeczywiście jest ona podatnikiem podatku VAT, podatku akcyzowego zaś na gruncie ustawy o statystyce publicznej jest opisywana jako jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej zaliczana została do podmiotów gospodarki narodowej. Po pierwsze, owo przyznawanie zdolności dotyczy tylko niektórych przepisów prawa publicznego. Przykładowo bowiem z art. 4 ust. 2 ustawy o swobodzie działalności

gospodarczej wynika, że przedsiębiorcą nie jest spółka cywilna, lecz sami wspólnicy. Co jednak istotniejsze, wbrew temu co podniósł odwołujący P. w odwołaniu, ustawa Pzp nie jest częścią prawa publicznego, ale prawa prywatnego. Świadczy o tym choćby odesłanie w art. 14 ustawy Pzp do Kodeksu cywilnego, będącego wszak częścią prawa prywatnego.

Powyższe rozważania na temat natury spółki cywilnej wskazują, że zamawiający dokonał prawidłowej wykładni przepisu art. 83 ust. 3 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazywał zamawiający celem tego przepisu jest zwiększenie konkurencyjności postępowania przez zapewnienie aby realizowało je co najmniej kilka podmiotów. Celem tym jest także zminimalizowanie negatywnych skutków niewykonywania bądź nienależytego wykonywania zamówienia z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Z oczywistych powodów, w przypadku gdy zamówienie zostaje powierzone kilku podmiotom, skutki te nie dotyczą wszystkich części zamówienia. Działania odwołującego wprost godziły w ten cel. Usiłując obejść postanowienie pkt 3.4. SIWZ, które zakazywało mu składania ofert na więcej niż 3 części, oprócz złożenia dwóch ofert samodzielnie, złożył oferty na dalsze części działając jako wspólnik spółki cywilnej. Działania te zmierzały do uzyskania de facto pozycji dominującej na rynku, wbrew zamierzeniom zamawiającego i celowi art. 83 ust. 3 ustawy Pzp.

Nie można się zgodzić się z odwołującym, że przy wykładni przepisów za dominującą należy uznawać wykładnię językową. Obecnie w teorii prawa wskazuje się raczej na równouprawnienie reguł wykładni. W teorii prawa, znajdującej poparcie w coraz częstszych orzeczeniach sądów, w tym Sądu Najwyższego, przyjmuje się, że interpretacji podlega wszystko, w tym również pojęcia jasne, w myśl zasady „wszystko podlega interpretacji” - „omnia sunt interpretanda”. Przykładowo w wyroku z dnia 17 czerwca 2009 r. sygn. akt IV CSK 90/09 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym *Wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art. 65 k.c., anachronicznej koncepcji wyrażonej w paremii clara non sunt interpretanda. Najnowsze gruntowne wypowiedzi nauki prawa cywilnego odrzuciły tę koncepcję. Zerwał z nią także Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach wydanych w ostatnich latach (por. wyroki: z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81, z dnia 8 czerwca 1999 r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, z dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC 2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03 niepubl., z dnia 25 marca 2004 r., II CK 116/03, niepubl. i z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC 2005, nr 9, poz. 162).*

Podkreślić również należy, że zaakceptowanie stanowiska odwołującego oznaczałoby przyzwolenie na składanie przez niektórych wykonawców więcej niż jednej

oferty co godziłoby w przepis art. 82 ust. 1 ustawy Pzp. Oznaczałoby, że poprzez niczym nieograniczone formowanie się w grupy każdy z wykonawców mógłby złożyć w postępowaniu dowolną liczbę ofert. Zachowanie odwołującego godziłoby zatem w fundamentalną z punktu widzenia Pzp regułę uczciwej konkurencji jaką jest zasada jedynie jednej oferty.

Izba, działając na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, postanowiła oddalić wniosek odwołującego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron z ograniczeniem do odwołującego oraz dowodu z dokumentów:

- a. zaświadczenie z CEIDG indywidualnej działalności gospodarczej prowadzonej pod firmą IGLICZNIA S. P.,
- b. zaświadczenia NIP, REGON indywidualnej działalności gospodarczej prowadzonej pod firmą IGLICZNIA S. P.,
- c. zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek ZUS,
- d. podsumowanie księgi przychodów i rozchodów IGLICZNIA S. P. za rok 2014

na okoliczność odrębności prawnej, w tym przedsiębiorstwa prowadzonego, pod firmą IGLICZNIA S. P. od przedsiębiorstwa spółki cywilnej, której współnikiem jest m.in. S. P., w tym w szczególności na okoliczność wyodrębnienia składników przedsiębiorstwa prowadzonego indywidualnie przez S. P. od przedsiębiorstwa prowadzonego w ramach spółki cywilnej i objętego współwłasnością łączną przez współników. Izba stwierdziła, że przedmiotem dowodu mogą być jedynie fakty, a nie okoliczności o charakterze prawnym.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przywoływanych przez odwołującego przepisów. Oferta odwołującego w części 7 i 8 została prawidłowo odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodna z pkt 3.4. SIWZ, zaś odrzucając tę ofertę zamawiający przestrzegał zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym Izba w niniejszej sprawie podtrzymuje jednolicie prezentowane w jej orzecznictwie stanowisko na tle identycznych stanów faktycznych wyrażone przykładowo w wyroku z dnia 7 kwietnia 2015 r. sygn. akt KIO 566/15 (zapadłym w tym samym postępowaniu, w części 9 zamówienia), czy w wyroku z dnia 2 sierpnia 2012 r. sygn. akt KIO 1542/12.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce sprawie KIO 791/15. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1

sentencji. Odnośnie zarzutów, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 in fine sentencji.

Co do konieczności odrębnego wypowiedzenia się przez Izbę w sentencji wyroku co do żądań, które uznano za chybione, podzielono stanowisko wyrażone m.in. w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa-Praga z 11 kwietnia 2011 r. sygn. akt IV Ca 142/11, wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z 10 stycznia 2014 r. (sygn. akt II Ca 1481/13), postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 29 października 2014 r., sygn. akt V Ca 1603/14, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z 10 grudnia 2014 r. (sygn. akt V Ca 3384/14), które stwierdzając brak w pisemnej sentencji orzeczenia Izby rozstrzygnięcia o oddalonych żądaniach uznawały, że w tej części orzeczenie nie istnieje.

Jednocześnie w wyniku rozpoznania sprawy o sygn. akt KIO 814/15 nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

W sprawie o sygn. akt KIO 791/15 Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów.

Przewodniczący: