

Sygn. akt: KIO 1528/17

WYROK
z dnia 4 sierpnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Flora spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Krakowie (2) G. K., K. K. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Flora spółka cywilna G. K. K. K. w Krakowie (3) J. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „De-Jo” J. D. w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Z. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "WŁOMEX" Z. W. w Krakowie,** wnoszącego sprzeciw w części wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości

orzeka:

1. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z art. 36b ust. 1 oraz art. 7 ust 1 i 3 oraz art. 26 ust 4 w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych (I i II zarzut odwołania uwzględniony przez zamawiającego, wobec czego został wniesiony sprzeciw).

1A. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów naruszenia art. 26 ust 3 w zw. art. 22a ust. 1 i 2 i art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (III zarzut odwołania uwzględniony przez zamawiającego).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Flora spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Krakowie (2) G. K., K. K. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Flora spółka cywilna G. K. K. K. w Krakowie (3) J. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa „De-Jo” J. D. w Krakowie i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Flora spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Krakowie (2) G. K., K. K. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Flora spółka cywilna G. K. K. K. w Krakowie (3) J. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa „De-Jo” J. D. w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Flora spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Krakowie (2) G. K., K. K. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Flora spółka cywilna G. K. K. K. w Krakowie (3) J. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa „De-Jo” J. D. w Krakowie** na rzecz wykonawcy **Z. W., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe "WŁOMEX" Z. W. w Krakowie**, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Zarząd Zieleni Miejskiej w Krakowie (zwany dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług dotyczących porządkowania działek na terenie Gminy Miejskiej Kraków, dla ZZM w Krakowie, odpowiednio w odniesieniu od jednej do czterech części zamówienia”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym WE poz. 2017/S 085- 165966. Zamawiający zamieścił specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych).

W dniu 24 lipca 2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) Flora spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Krakowie (2) G. K., K. K. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą Flora spółka cywilna G. K. K. K. w Krakowie (3) J. D., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa „De-Jo” J. D. w Krakowie (dalej: Odwołujący) wnieśli odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów (numeracja zarzutów cyframi rzymskimi w nawiasach zgodnie z numeracją przyjętą w uzasadnieniu odwołania):

(I) art. 89 ust 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 36b ust 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Wykonawcy Włomex, gdy treść oferty tego wykonawcy jest niezgodna z treścią Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, nie zawiera bowiem - wbrew nałożonemu obowiązkowi - wskazania zakresu przedmiotu zamówienia oddanego do realizacji przez wymienionego w ofercie podwykonawcę, w sytuacji, gdy ten będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia,

(II) art. 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych polegające na wyjaśnieniu treści oferty Wykonawcy Włomex w trybie przewidzianym dla wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, skutkiem czego było „konwalidowanie”

niezgodności treści oferty Wykonawcy z SIWZ, faktyczne uzupełnienie jej treści, a w konsekwencji wybór jako najkorzystniejszej,

a z ostrożności procesowej:

(III) - art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Włomex do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia, pomimo że przedłożone przez tego Wykonawcę, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 6 lipca 2017 r. oświadczenie w postaci wykazu wykonanych usług nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sformułowanym przez Zamawiającego w Rozdziale V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 1.3.2.3 tegoż Rozdziału,

- art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych w zw. art. 22a ust 1 i 2 Prawa zamówień publicznych zaniechanie wezwania Wykonawcy Włomex do złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia o właściwej treści, która jednoznacznie potwierdzałaby realność oddania do jego dyspozycji konkretnych zasobów podmiotu trzeciego,

- art. 26 ust 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z § 14 ust 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegający na zaniechaniu wezwania Wykonawcy Włomex do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie usługi przez podmiot na zasobach, którego Wykonawca polega, w sytuacji gdy dokument referencji został potwierdzony „za zgodność z oryginałem” przez podmiot nieuprawniony,

- art 26 ust 4 Prawa zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy Włomex do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy ich treść winna budzić wątpliwości Zamawiającego co do spełniania przez Wykonawcę Włomex ustalonych warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał również Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Prawa zamówień publicznych w zw. z art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych, poprzez niezachowanie przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co doprowadziło do wyboru w Części III oferty Wykonawcy Włomex, który to wybór prowadzi w ocenie Odwołującego do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu

niezgodnie z przepisami ustawy. W odniesieniu do tego zarzutu brak jakiegokolwiek uzasadnienia faktycznego. Skład orzekający przyjął, że tak sformułowane naruszenia są konsekwencją innych naruszeń, uzasadnionych przez Odwołującego, i rozstrzygnięcie pozostałych zarzutów odwołania obejmuje również ustosunkowanie się do zarzutów naruszenia art. 7 ust 1 i 3 w zw. z art. 91 ust 1 Prawa zamówień publicznych.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpił, stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego, wykonawca Z. W., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe "WŁOMEX" Z. W. w Krakowie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

Przystępujący wniósł sprzeciw w części od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Sprzeciw dotyczył uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów I i II (braku podania zakresu prac przewidywanych do wykonania przez podwykonawcę i próby naprawienia tego uchybienia).

II. Analizując sytuację procesową, która powstała po uwzględnieniu przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości, i wniesieniu przez Przystępującego sprzeciwu w części, Izba doszła do wniosku, że trudno w obecnie obowiązujących przepisach Prawa zamówień publicznych dopatrzeć się powodów, aby odmówić Przystępującemu wniesienia sprzeciwu w części od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości. Ustawodawca wyraźnie dopuszcza wniesienie sprzeciwu w części, choć z przepisów art. 186 ust. 4 i 4a Prawa zamówień publicznych wydaje się wynikać, że ustawodawca zakładał, że zakres sprzeciwu będzie odpowiadał zakresowi uwzględnienia odwołania (tzn. w przypadku uwzględnienia zarzutów odwołania w całości – sprzeciw będzie wniesiony w całości, a w przypadku uwzględnienia odwołania w części – sprzeciw będzie wniesiony w części zgodnej z zakresem uwzględnienia odwołania). Zgodnie z art. 186 ust 4 Prawa zamówień publicznych, jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśnie sprzeciw wobec uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części, gdy odwołujący nie wycofa pozostałych zarzutów odwołania, Izba rozpoznaje odwołanie, natomiast zgodnie z ust. 4a Prawa zamówień publicznych, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie

żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Z dosłownego rozumienia przytoczonych przepisów wynika, że Izba rozpatruje odwołanie „w zakresie pozostałych zarzutów” tylko w sytuacji, kiedy Zamawiający uwzględnił zarzuty odwołania w części, a po jego stronie nie zgłoszono przystąpienia. W razie zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego i wniesienia przez przystępującego sprzeciwu w części, oraz braku wycofania przez odwołującego „pozostałych zarzutów” – Izba rozpatruje odwołanie w całości. Z powyższego skład orzekający wywnioskował, że ustawodawca założył tożsamość zakresu sprzeciwu z zakresem uwzględnienia odwołania. W niniejszym postępowaniu odwoławczym jednak Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, a sprzeciw został złożony w części – Izba doszła do wniosku, że wobec takiego zdarzenia procesowego słusznie będzie zastosować przepis art. 186 ust. 4 a Prawa zamówień publicznych odpowiednio i rozpatrzyć odwołanie „w zakresie pozostałych zarzutów”, tj. zarzutów, co do których wniesiono sprzeciw. Zarzuty uwzględnione przez Zamawiającego, co do których nie wniesiono sprzeciwu, nie są więc objęte rozpoznaniem na rozprawie. Ponieważ jednak sentencja odwołania musi się odnosić do wszystkich zarzutów odwołania, to wobec zarzutów, uwzględnionych przez Zamawiającego, co do uwzględnienia których Przystępujący nie wniósł sprzeciwu, umorzono postępowanie, stosując odpowiednio art. 186 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniesie sprzeciwu co do uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu przez zamawiającego, Izba umarza postępowanie, a zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponieważ w ocenie składu orzekającego brak w przepisach Prawa zamówień publicznych podstawy, aby wydać postanowienie częściowe o umorzeniu części zarzutów odwołania (ustawodawca, mimo że w art. 186 ust. 4 a Prawa zamówień publicznych przewidział rozpoznanie merytoryczne tylko części zarzutów, to równocześnie nie określił, czy i w jakim orzeczeniu Izba ma się ustosunkować do zarzutów niepodlegających rozpoznaniu, oraz nie rozstrzygnął w sposób szczególny problematyki kosztów postępowania odwoławczego w przypadku częściowego umorzenia), Izba o całości zarzutów orzekła w wyroku. O kosztach postępowania orzeczono stosując konsekwentnie art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym Strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku – a więc rozstrzygnięcie merytoryczne „w zakresie pozostałych zarzutów” (nieuwzględnionych przez Zamawiającego, co do których wniesiono sprzeciw), zadecydowało o kosztach postępowania odwoławczego.

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie w zakresie zarzutów, wobec uwzględnienia których Przystępujący wniósł sprzeciw.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie podlega oddaleniu (w zakresie zarzutów uwzględnionych przez Zamawiającego, w części, w której wniesiono sprzeciw).

Jak wynikało z oświadczenia Przystępującego na posiedzeniu, Przystępujący złożył sprzeciw w części od uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów odwołania. Sprzeciw dotyczył zarzutu z pkt I uzasadnienia odwołania (dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego, bowiem, wbrew obowiązkowi, nie zawiera wskazania zakresu przedmiotu zamówienia oddanego do realizacji przez wymienionego w ofercie podwykonawcę, w sytuacji, gdy ten będzie brał udział w wykonaniu zamówienia) oraz zarzutu z pkt II uzasadnienia odwołania (dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych polegającego na wyjaśnieniu treści oferty Przystępującego w trybie przewidzianym dla wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, skutkiem czego było konwalidowanie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ i faktycznie uzupełnienie jej treści).

Jak wskazano wyżej, w granicach zakreślonych zakresem sprzeciwu Izba rozpoznawała odwołanie.

Odnosząc się do zarzutu niewskazania przez Przystępującego zakresu prac do wykonania przez podwykonawcę (brak podania tego zakresu w formularzu oferty nie był sporny), skład orzekający zgodził się ze stanowiskiem prezentowanym w dotychczasowym orzecznictwie Krajowej izby Odwoławczej (orzeczenia sygn. akt KIO 192/17, KIO 234/17, KIO 236/17, KIO 242 i 258/17, KIO 534 i 540/17), że o ile Zamawiający nie zmodyfikuje w szczególny sposób przepisów Prawa zamówień publicznych, to zakres prac podwykonawcy nie jest objęty zakresem treści oferty, nie przekłada się więc na treść przyszłego zobowiązania. Podanie zakresu prac, które będą wykonane przez podwykonawcę ma charakter wyłącznie informacyjny.

Należy przy tym zauważyć, że Izba bada odwołanie wyłącznie w granicach zarzutów odwołania; zarzut składa się z podstawy faktycznej i prawnej. O ile braki w określeniu podstawy prawnej co do zasady mogą nie być istotne dla postępowania odwoławczego - podstawę prawną można wywieść z prawidłowo sformułowanej podstawy faktycznej zwykle w sposób niebudzący wątpliwości - to podstawa faktyczna zakreślona w odwołaniu nie może

zostać rozszerzona ani uzupełniona na późniejszym etapie (co nie stoi na przeszkodzie przedstawianiu na rozprawie dowodów na poparcie okoliczności przywołanych w odwołaniu). W ramach podstawy faktycznej zarzutu dotyczącego braku podania zakresu prac podwykonawcy Odwołujący nie opierał argumentacji na zagadnieniu, że być może podwykonawca ten jest równocześnie podmiotem, na którego zasobach Przystępujący podlega (wątek ten pojawiał się w podstawie faktycznej zarzutu III, uwzględnionego przez Zamawiającego, co do którego nie wniesiono sprzeciwu, a więc w tym zakresie Izba nie odnosiła się merytorycznie do zarzutów).

Konkludując, rację miał Przystępujący, że zakres prac podwykonawcy ma charakter informacyjny, nie przesądza o zgodności czy o braku zgodności treści oferty z treścią SIWZ, w konsekwencji w odniesieniu do tak rozumianego zakresu prac podwykonawcy nie ma znaczenia, czy i w jaki sposób Zamawiający zamierzał uzyskać informacje o zakresie tychże prac. Nie ma więc znaczenia, czy Zamawiający w piśmie zawierającym prośbę o podanie zakresu prac podwykonawcy powołał się na art. 26 ust. 4 czy 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów rozpoznanych merytorycznie (uwzględnionych przez Zamawiającego, co do których wniesiono sprzeciw) nie doszło do naruszenia przepisów Prawa zamówień publicznych, przywołanych w odwołaniu, dlatego orzeczono jak w sentencji, odwołanie oddalając.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 [rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania \(Dz. U. Nr 41, poz. 238\)](#).

Przewodniczący:

.....