

WYROK

z dnia 15 marca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 14 marca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 marca 2019 przez odwołującego: Media Group Sp. z o.o., ul. Żurawia 6/12, 00-503 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Związek Międzygminny ds. Ekologii, ul. ks. pr. Stanisława Słonki 22, 34-300 Żywiec

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.kosztami postępowania obciąża Media Group Sp. z o.o., ul. Żurawia 6/12, 00-503 Warszawa i

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Media Group Sp. z o.o., ul. Żurawia 6/12, 00-503 Warszawa tytułem wpisu od odwołania

2.2.zasądza od Media Group Sp. z o.o., ul. Żurawia 6/12, 00-503 Warszawa kwotę 573 zł 55 gr (słownie: pięćset siedemdziesiąt trzy złotych pięćdziesiąt pięć groszy) na rzecz Związku Międzygminny ds. Ekologii, ul. ks. pr. Stanisława Słonki 22, 34-300 Żywiec stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez pełnomocnika zamawiającego

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Bielsku- Białej.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Odwołanie

Pismem z dnia 4 marca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej ul. Postępu 17a 02-676 Warszawa wykonawca, którym jest Media Group Sp. z o.o. ul. Żurawia 6/12 00-503 Warszawa zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie w postępowaniu prowadzonym przez Związek Międzygminny ds. Ekologii ul. Ks. Pr. St. Słonki 22; 34-300 Żywiec zwany dalej „zamawiającym”.

Podstawę wniesienia odwołania stanowi art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej „ustawą PZP”.

Odwołanie wniesiono od czynności zamawiającego w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem są Działania informacyjne i promujące na rzecz projektu „Oczyszczanie ścieków na Żywiecczyźnie- Faza I1A”.

Odwołujący powołując się na interes w uzyskaniu zamówienia wskazał na wypełnienie wszystkich przesłanek dla wniesienia odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy PZP to jest posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Odwołujący został wykluczony z postępowania a jego oferta została odrzucona, podobnie jak oferty dwóch innych wykonawców ubiegających się o zamówienie, skutkiem czego zamawiający unieważnił postępowanie. Niezgodne z przepisami wykluczenie odwołującego, odrzucenie oferty i unieważnienie postępowania uniemożliwiło odwołującemu uzyskanie zamówienia pomimo tego, że złożył skutecznie ważną ofertę i wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez co może on ponieść szkodę.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1.art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP przez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków

udziału w postępowaniu pomimo tego, że odwołujący warunki spełnił, a ich spełnianie wykazał zamawiającemu;

ewentualnie

- 2.art. 26 ust 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- 3.art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy PZP przez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą podczas, gdy zamawiający nie wzywał odwołującego do wyrażenia takiej zgody,
- 4.art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP poprzez unieważnienie postępowania pomimo tego, że została w nim złożona oferta niepodlegająca odrzuceniu.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2.unieważnienia czynności odrzucenie oferty odwołującego;
- 3.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 4.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2018 r. pod numerem 2018/S 168-382577.

Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania odwołujący powziął dnia 22 lutego 2019 r., tj. w dniu zapoznania się z przesłanym przez zamawiającego tego samego dnia (w formie faxu) zawiadomieniem o wykluczeniu i odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania.

W uzasadnieniu odwołania przedstawił następującą argumentację formalną i prawną.

I.W zakresie wykluczenia

Podstawą prawną wykluczenia wykonawcy była dyspozycja art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP, zgodnie z którą: Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w postępowaniu sformułowano następujący warunek udziału w postępowaniu: Za spełniającego warunek dotyczący posiadania zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający uzna wykonawcę, który:

- 1)posiada doświadczenie, w okresie ostatnich 3 lat (przed upływem terminu składania ofert) a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w wykonaniu co najmniej: - 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia.

Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia, o której mowa w niniejszym punkcie, należy rozumieć usługę polegającą na wykonaniu kampanii promocyjnej, edukacyjnej, społecznej, dotyczącej inwestycji infrastrukturalnej, o co najmniej regionalnym zasięgu oddziaływania, której wartość wynosiła co najmniej 450 000,00 (czterysta pięćdziesiąt tysięcy) PLN netto (bez podatku VAT), w ramach której łącznie zrealizowano co najmniej:

- a) przygotowanie i publikację co najmniej 10 informacji prasowych,
- b) wyprodukowanie co najmniej 10 audycji radiowych wraz z ich emisją w radio o zasięgu co najmniej regionalnym,
- c) badanie społecznego odbioru inwestycji za pomocą dowolnej metodologii,
- d) przygotowanie i przeprowadzenie co najmniej dwóch konferencji prasowych dla co najmniej 100 uczestników każda,
- e) przeprowadzenie co najmniej 10 spotkań z mieszkańcami na temat realizowanej inwestycji infrastrukturalnej,

Ileokroć w niniejszym punkcie mowa o wykonaniu kampanii promocyjnej, edukacyjnej, społecznej, o co najmniej regionalnym zasięgu oddziaływania należy przez to rozumieć wszelkie działania o zasięgu co najmniej

regionalnym, mieszczące się w zakresie kodów CPV zgodnych z niniejszym zamówieniem, tj.: 79416000 - Usługi zarządzania Public relations, 79342200 - Usługi w zakresie promocji. 79340000 - Usługi reklamowe i marketingowe.

2) dysponuje osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj.:

1) PR Manager - Kierownik Zespołu (1 osoba)- osoba posiadająca wyższe wykształcenie, co najmniej pięcioletnie doświadczenie w zarządzaniu związanym z działaniami public relations, w tym co najmniej jednym przedsięwzięciu polegającym na nadzorowaniu/koordynowaniu kampanii public relations o wartości co najmniej 1 000 000,00 (jeden milion) PLN netto (bez VAT),

2) PR Asystent - Asystent (1 osoba) - osoba posiadająca wyższe wykształcenie, co najmniej roczne doświadczenie na stanowisku związanym z działaniami public relations, reklamą, promocją lub marketingiem o wartości co najmniej 500 000,00 (pięćset tysięcy) PLN netto (bez VAT).

3) Grafik (1 osoba) - osoba posiadająca co najmniej wykształcenie średnie, co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku związanym z grafiką komputerową, w tym co najmniej jednej kreacji działań marketingowych/ public relations o wartości co najmniej 500 000,00 (pięćset tysięcy) PLN netto (bez VAT).

Zamawiający wykazał spełnianie ww. warunku poprzez wykazanie doświadczenia podmiotu trzeciego tj. J.S. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Konsultant J.S. Do oferty załączono JEDZ sporządzony i podpisany przez Pana S..

Pismem z dnia 29 stycznia 2019 r., działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący złożył wymagane dokumenty, w tym zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów, z którego wynika, że Pan J.S. weźmie udział w realizacji zamówienia i zostanie wykorzystane jego doświadczenie, będzie on członkiem zespołu przy realizacji zamówienia i będzie pełnił funkcję Asystenta PR przez pełen okres realizacji zamówienia, a usługi jakie zrealizuje to „Działania PR”.

W ślad za tym, pismem z dnia 7 lutego 2019 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów lub do udzielenia wyjaśnień tj. do złożenia wykazu usług potwierdzającego spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż złożony na wezwanie wykaz obejmuje doświadczenie podmiotu trzeciego - Konsultant J.S., a zdaniem Zamawiającego podmiot ten nie został wskazany na etapie oferty.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył wyjaśnienia, że Konsultant J.S. został wykazany na etapie oferty przez wskazanie w JEDZ wykonawcy i załączenia JEDZ podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi na te wyjaśnienia zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień, wskazując jako podstawę, art. 26 ust. 4 ustawy PZP, żądając wskazania czy J.S. wykona całe zamówienie (Zamawiający odniósł się tu do wszystkich jego elementów po kolei) i czy i w jaki sposób Wykonawca zamierza angażować się w realizację zamówienia, w szczególności, które elementy wykona Wykonawca.

Wykonawca udzielił odpowiedzi tj. złożył wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP.

W efekcie, zamawiający wykluczył wykonawcę z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wyjaśnił, że: „pismem z dnia 13 lutego 2019 r. wezwał wykonawcę do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy PZP. W wezwaniu podano, że w związku z tym, że Wykonawca Media Group Sp. z o.o. nie posiada wymaganego doświadczenia żadanego przez zamawiającego w SIWZ, to podmiot udostępniający swój zasób doświadczenia musi zrealizować usługę do której to doświadczenie jest wymagane (...). W zobowiązaniu Pana S. zawarto lakoniczną informację o tym, że zrealizuje on „Działania PR”. Ponadto również w lakoniczny sposób napisano tam, że Pani J.S. będzie brał udział w realizacji zamówienia i będzie wykorzystane jego doświadczenie.”

W odpowiedzi Wykonawca wskazał, że Konsultant J.S. zrealizuje zakres umowy opisany w punkcie 5, 6, 10,11, 13a, 13e i 14 OPZ, a Wykonawca Media Group pozostałe punkty OPZ. W Zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający zwrócił szczególną uwagę na punkty 1 i 2 OPZ czyli: 1. Informacja prasowa; 2. Audycja radiowa.

Zamawiający wskazał, że „Powyższe wyjaśnienia oznaczają, że zamiarem Wykonawcy jest zrealizowanie przez

Wykonawcę niektórych usług w stosunku do których Wykonawca nie posiada odpowiedniego doświadczenia żądanego przez Zamawiającego."

Odwolujący wskazuje, że Zamawiający doszedł do błędnych wniosków, które stały się podstawą nieprawidłowej czynności wykluczenia Wykonawcy z postępowania.

Jak wynika z wyroku z dnia 11 maja 2018 r. (sygn. akt: KIO 764/18): Zamawiający może postawić różne warunki, odnoszące się do różnych zakresów planowanych prac, np. przy robotach budowlanych mogą być to osobne warunki związane z robotami sanitarnymi, osobne z elektrycznymi, osobne z ogólnobudowlanymi drogowymi, mostowymi itd. W takich wypadkach dany podmiot trzeci (lub podmioty trzecie) będzie zobowiązany wykonać te roboty, dla których swoje doświadczenie wykazywał, czyli elektryczne, sanitarne itd. Jeżeli Zamawiający postawił warunek doświadczenia odnoszący się do całego zamówienia, a Odwołujący w zakresie owego całego warunku odnoszącego się do całego zamówienia, powołał się na zdolności innego podmiotu, to zgodnie z art. 22a ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), podmiot ten powinien wykonać zamówienie zgodnie z deklaracją, czyli w stosunku do całości.

A contrario, jeśli Zamawiający określił warunek w zakresie nie obejmującym całości przedmiotu zamówienia a jedynie poszczególne jego elementy, podmiot trzeci wykazując spełnianie tego warunku również ma obowiązek zrealizować przedmiot zamówienia w zakresie w jakim doszło do udostępnienia zasobów, wyznaczony w tym zakresie przez treść warunku.

Jak wyjaśnia KIO w wyroku z dnia 17 listopada 2016 r. (sygn. akt: KIO 2082/16): Podmioty trzecie, które udostępniają potencjał na potrzeby realizacji zamówienia, są zobowiązane w całości zrealizować zamówienie. Z art. 22a ust 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nie wynika jednoznacznie, że wykonawca nie może brać udziału w realizacji usługi.

W niniejszym postępowaniu warunek dotyczył realizacji usługę polegającą na wykonaniu kampanii promocyjnej, edukacyjnej, społecznej, dotyczącej inwestycji infrastrukturalnej tj.: usługę zarządzania public relations, usługę w zakresie promocji, lub usługi reklamowe i marketingowe obejmującej m.in.:

a)przygotowanie i publikację co najmniej 10 informacji prasowych,

b)wyprodukowanie co najmniej 10 audycji radiowych wraz z ich emisją w radio o zasięgu co najmniej regionalnym, (...)

Z Zawiadomienia o wykluczeniu można wnioskować, że Zamawiający ocenił wyjaśnienia Wykonawcy z dnia 15 lutego 2019 r. i na tej podstawie uznał, że ponieważ z wyjaśnień wynika, że Konsultant J.S. „nie będzie realizował usług dla których doświadczenie jest wymagane tj. do opracowania informacji prasowych oraz produkcji i emisji audycji radiowych".

Zakres udostępnienia kształtuje treść samego zobowiązania nie zaś treść wyjaśnień. Ze zobowiązania wynika, że: Pan J.S. weźmie udział w realizacji zamówienia i zostanie wykorzystane jego doświadczenie, będzie on członkiem zespołu przy realizacji zamówienia i będzie pełnił funkcję Asystenta PR przez pełen okres realizacji zamówienia, a usługi jakie zrealizuje to „Działania PR".

Zgodnie z punktem 14 opisu przedmiotu zamówienia stanowisko PR Asystenta obejmuje:

PR Asystent - Asystent - osoba posiadająca wyższe wykształcenie, co najmniej roczne doświadczenie na stanowisku związanym z działaniami public relations, reklamą, promocją lub marketingiem.

Wymagania 1 osoba, dostępność u Zamawiającego -5 dni w tygodniu w godzinach pracy Zamawiającego. Wykonawca w porozumieniu z Zamawiającym stworzy miejsce pracy dla PR Asystenta oraz zapewni mu niezbędne narzędzia pracy.

PR Asystent z samej definicji, ale również w zawiązku z zakresem udziału w realizacji zamówienia oraz podziałem zadań pomiędzy poszczególnych członków personelu wykonuje wszelkie działania PR w tym opracowanie informacji prasowych, które są jednocześnie działaniami PR. Podobnie w zakresie produkcji i emisji audycji radiowych, które zostaną przygotowane przez Pana J.S. prowadzącego działalność pod nazwą PR J.S..

Mając na uwadze przedmiot zamówienia, którym obejmuje działania informacyjne i promocyjne na rzecz projektu, najważniejsze działania w zakresie związanym z warunkiem wykonane zostaną przez PR Asystenta. W zakresie opracowania informacji prasowych przedmiot zamówienia obejmuje:

1. Informacja prasowa

Wykonawca opracuje czterdzieści osiem (48) informacji prasowych tj. artykułów informacyjno - promocyjnych w prasie o zasięgu co najmniej lokalnym, oraz sześć (6) informacji prasowych tj. artykułów informacyjno - promocyjnych w prasie o zasięgu ogólnopolskim.

Każdy artykuł będzie przeznaczony do publikacji na jednej całej stronie wyznaczonego tytułu prasowego w terminie ustalonym z zamawiającym. Zamawiający zakłada, że Wykonawca przygotuje 54 różne artykuły, dopuszcza się jednak możliwość powielenia publikacji np. w dwóch różnych tytułach, ale jedynie za zgodą zamawiającego. Przez opracowanie artykułu zamawiający rozumie przygotowanie treści i projektu graficznego artykułu, jak również przygotowanie go do publikacji, zgodnie z wymaganiami wydawcy prasy. Każda informacja prasowa musi zawierać odpowiednie oznaczenie (wizualizację), zgodną z zasadami promocji projektów Infrastruktura i Środowisko (pkt. VII).

W zakresie produkcji i emisji audycji radiowych przedmiot zamówienia obejmuje:

2. Audycja radiowa

Zadaniem Wykonawcy będzie produkcja i emisja dwudziestu czterech (24), co najmniej pięciominutowych programów w rozgłośni (rozgłoszeniach) radiowych, których sygnał obejmuje co najmniej teren realizacji Projektu.

Emisje nastąpią w stacjach radiowych ustalonych z Zamawiającym, spośród stacji, które w maksymalny sposób pozwolą uprawdopodobnić zakładaną skuteczność odbioru audycji. Zamawiający zakłada, że Wykonawca przygotuje 24 programy radiowe, dopuszcza się jednak możliwość powielenia programu np. w dwóch różnych rozgłoszeniach radiowych, ale jedynie za zgodą Zamawiającego.

Niezależnie od formalnych kwestii związanych z wyszczególnieniem w wyjaśnieniach lub nie poszczególnych punktów OPZ, wskazać należy, że przedmiot zamówienia składa się z wielu działań mających na celu promocję projektu. Działanie te nie mogą zostać podzielone pomiędzy dwa podmioty, przez przypisanie każdemu z nich konkretnych działań w abstrakcji od działań innego podmiotu. Konieczne jest to współdziałanie obu podmiotów.

Odnosząc się do samych wyjaśnień z dnia 15 lutego 2019 r. należy zwrócić uwagę, że Zamawiający błędnie je odczytał. Po pierwsze wynika z nich, że Pan J.S. (czyli udostępniający potencjał Konsultant J.S.) zrealizuje umowę w sprawie zamówienia publicznego PN 7/2018 „Działania informacyjne i promujące na rzecz projektu „Oczyszczanie ścieków na Żywiecczyźnie- Faza IIA”, a w szczególności Pan J.S. zrealizuje zakres umowy określony w Opisie Przedmiotu Zamówienia polegający na: (...).

Dalej Wykonawca wskazał, że Wykonawca poza koordynacją formalno - finansową projektu zamierza wykonać pozostałe punkty zakresu opisanego w OPZ, w szczególności w zakresie produkcji materiałów promocyjnych i ich emisji w mediach (pkt 1-4 (...)). Jednocześnie informujemy, że Pan J.S. jako PR Asystent również będzie aktywnie uczestniczył w realizacji powyższych zadań. Reasumując Pan J.S. jako PR Asystent będzie zaangażowany w realizację wszystkich zadań zapisanych w OPZ (...).

Powyższe informacje zostały zupełnie pominięte, co doprowadziło Zamawiającego do błędnych wniosków o zakresie w jakim podmiot trzeci zrealizuje zamówienie. Podmiot udostępniający potencjał to osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą. Aktywności zawodowej Pana S. nie można podzielić na osobistą i gospodarczą. Sam fakt, że Pan S. obejmie w Projekcie rolę Asystenta PR wiąże się z realizacją wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, związanych z udostępnianym potencjałem.

Warto przy tym wskazać, że ustawa PZP nie określa, że jedynym sposobem w jaki podmiot trzeci może zrealizować zamówienie jest podwykonawstwo, czy podobna relacja. W tym przypadku mamy do czynienia ze szczególnym rodzajem relacji, która miesza podwykonawstwo, z dysponowaniem osobą, udział osobisty Pana S. oraz udział jego jako podmiotu trzeciego. Warto jednak wskazać, że pomimo szczególnego rodzaju relacji - determinowanego niejako zakresem i rodzajem samego zamówienia, ale i nierozzerwalnym związkiem poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, nie było możliwe zastosowanie konstrukcji absolutnego i automatycznego wydzielenia poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia do realizacji przez odrębne podmioty.

Dlatego niewłaściwe jest przyjęcie, że Konsultant J.S. nie zrealizuje przedmiotu zamówienia (w zakresie punktu 1 i 2 OPZ), bo nie jest to możliwe mając na uwadze funkcję jaką zajmie w projekcie oraz wzajemnych powiązań między innymi elementami a punktami 1 i 2 OPZ - co wynika ze Zobowiązania do udostępnienia potencjałów.

Wreszcie, w przypadku, gdyby Zamawiający uznał, że zobowiązanie podmiotu trzeciego nie jest wystarczające powinien zwrócić się do Wykonawcy o jego uzupełnienie. Tymczasem Wykonawca, zwrócił się o wyjaśnienie dokumentu i na tej podstawie ocenił jego treść. Po zapoznaniu się z Zawiadomieniem o wykluczeniu, Odwołujący zauważa, że podstawą wykluczenia była de facto ocena treści wyjaśnień, a nie samego zobowiązania, w związku z tym już z samego tego faktu, decyzja Zamawiającego była wadliwa prawnie.

Jak podkreśla UZP w opinii zamieszczonej na swoich stronach internetowych; Niezależnie od zmiany treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po nowelizacji ustawy nie uległ zmianie sposób rozumienia tego przepisu. Aktualne pozostaje stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej sprzed nowelizacji w zakresie: (1) obligatoryjności takiego wezwania, jeśli zająd wskazane w przepisie okoliczności (...). Jeśli po zastosowaniu ww. procedury; konkretny dokument nadal nie potwierdza, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu lub brak jest podstaw do wykluczenia - wykonawca taki podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o właściwą podstawę prawną z art. 24 ustawy Pzp.

W okolicznościach stanu faktycznego Wykonawca nie został wezwany do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego. Był on jedynie wzywany do wyjaśnienia treści tego zobowiązania oraz do uzupełnienia dokumentów poprzez wykazania doświadczenia własnego. Zatem wykluczenie z postępowania należy uznać przynajmniej za przedwczesne, gdyż nie zostało poprzedzone wezwaniem do uzupełnienia dokumentów.

II.W zakresie odrzucenia

Podstawą prawną odrzucenia oferty była dyspozycja art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy PZP, zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust. 2, na przedłużeniu terminu związania ofertą.

Opisując podstawę faktyczną odrzucenia oferty, Zamawiający powołał się na dwa orzeczenia KIO i opinię UZP (z której, jak można przypuszczać UZP się wycofało, gdyż została ona na trwałe usunięta ze stron internetowych www.uzp.gov.pl) uznając, że brak samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą (bez uprzedniego wezwania ze strony Zamawiającego), wypełnia dyspozycję art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy PZP.

Zamawiający zupełnie pomija tu dorobek orzeczniczy, który wypracował jednolite stanowisko w tej sprawie, m.in. dzięki orzeczeniu TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu.

Poniżej Odwołujący jedynie dla przykładu przywołuje wybrane tezy z orzecznictwa, w celu potwierdzenia swojego stanowiska i wskazania zasadności zarzutu:

- wyrok KIO z dnia 18 kwietnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 617/18): Dla stwierdzenia, czy zaszła przesłanka, o której mowa w art. 89 ust.1 pkt 7a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), wymagana jest aktywność ze strony wykonawcy, wyrażająca się w odmowie wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Odmowa wyrażenia zgody możliwa jest jedynie w sytuacji gdy wykonawca został uprzednio wezwany do przedłużenia terminu związania ofertą. Dyspozycja tego przepisu nie obejmuje sytuacji, w której wykonawca nie przedłużył terminu samodzielnie.

- wyrok KIO z dnia 11 kwietnia 2018 r. (sygn. akt: KIO 586/18): Przesłanki odrzucenia ofert wymienione w art. 89 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie zawierają dyspozycji prawnej odnośnie sytuacji braku dokonania przez wykonawcę samodzielnego przedłużenia terminu związania oferta. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy Prawo zamówień publicznych takiej dyspozycji jest niedopuszczalna interpretacją rozszerzającą przez analogie, z pominięciem wynikającej z dobrych praktyk legislacyjnych zasady, że takie same sformułowania zawarte w jednym akcie prawnym nie mogą być odmienne interpretowane. Skoro ustawodawca, pomimo od lat trwających w doktrynie i orzecznictwie wątpliwości, nie zdecydował się na ich rozstrzygnięcie dzięki wprowadzeniu jednoznacznej regulacji, że to upływ terminu związania ofertą jest podstawą odrzucenia oferty, tym bardziej nie ma podstaw, aby obecnie dokonywać wykładni rozszerzającej art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy prawo zamówień publicznych.

- wyrok KIO z dnia 11 grudnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 2479/17): Wszystkie warunki i wymogi postępowania w sposób jasny i precyzyjny muszą wynika z ogłoszenia o zamówieniu i SIWIZ i muszą być w jednakowy sposób odnoszone do poszczególnych wykonawców. Jeżeli więc pewien obowiązek nie wynikał wprost z SIWIZ lub przepisu ustawy, nie jest możliwe wyeliminowanie z postępowania wykonawcy, który nie dopełnił tego obowiązku. W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) brak jest

przepisu, który nakazywałby wprost obowiązek samodzielnego przedłużenia terminu związania ofertą. Natomiast z art. 89 ust 1 pkt 7a ustawy wynika, że odrzucenie oferty następuje, jeżeli wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust 2 ustawy, na przedłużenie terminu związania ofertą. Przepisu tego, jako regulacji o charakterze sanacyjnym, nie można interpretować przy użyciu wykładni celowościowej w sposób rozszerzający. Gdyby wola ustawodawcy było, aby podstawa odrzucenia skorelowana była z pełną treścią art. 85 ust. 2 ustawy, a więc zarówno co do samodzielnego przedłużenia ważności oferty, jak i w odpowiedzi na zwrócenie się o wyrażenie zgody, to wówczas w art 87 ust. 1 pkt 7a nie zastosowałby odnośnika do wyrażenia „nie wyraził zgody na przedłużenie okresu związania ofertą”, ale określenia typu „nie nastąpiło przedłużenie okresu związania ofertą”. „nie przedłużyli okresu związania ofertą” i tym podobne. Ustawodawca użył natomiast wyraźnego określenia „nie wyraził zgody” odnosząc się wyłącznie do drugiego fragmentu (drugiej możliwości) przewidzianej treścią art. 85 ust. 2 z Prawa zamówień publicznych.

•wyrok KIO z dnia 12 maja 2017 r. (sygn. akt: KIO 830/17): Artykuł 89 ust. 7a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986) dotyczy sytuacji, gdy wykonawca nie wyraził zgody, o której mowa w art. 85 ust 2 ww. ustawy, na przedłużenie terminu związania ofertą, a zgoda ta w myśl tego przepisu następuje po zwróceniu się przez zamawiającego o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania oferta.

•wyrok KIO z dnia 7 marca 2017 r. (sygn. akt: KIO 324/17): W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego upływ terminu związania ofertą nie powoduje utraty przez ofertę waloru stanowczości, polegającego na umożliwieniu zamawiającemu doprowadzenia do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez samo przyjęcie oferty. Z tego względu upływ terminu związania ofertą nie decyduje o nieskuteczności oferty, ale o braku istnienia po stronie wykonawcy obowiązku zawarcia umowy. W związku z powyższym, brak jest podstaw do przyjęcia, że oferta, co do której upłynął termin związania ofertą, straciła cechy oferty i w związku z tym powinna być uznana za nieważną lub podlegającą odrzuceniu. Próba wywodzenia z treści art. 89 ust. 1 pkt 7a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. POZ. 2164 ze zm.) - sytuacji, kiedy wykonawca nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania oferta, na sytuacje kiedy wykonawca samodzielnie nie przedłużył terminu związania ofertą jest niezasadne, a wydaje się być możliwe tylko w sytuacji rozszerzającej interpretacji tej przesłanki, czy też wywodzenia podstawy do odrzucenia poprzez analogię sytuacji, gdyż skutkiem w obu przypadkach jest brak związania ofertą. Brak samodzielnego przedłużenia przez wykonawcę terminu związania oferta nie może być podstawą do odrzucenia oferty takiego wykonawcy. Możliwy jest też, stosownie do okoliczności konkretnej sytuacji, wybór takiej oferty jako najkorzystniejszej.

•Wyrok TSUE z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu: W celu wyjaśnienia znaczenia terminu związania ofertą w postępowaniu Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła się z pytaniem prejudycjalnym do TSUE. W sprawie będącej przedmiotem odesłania prejudycjalnego zamawiający zwrócił się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie pierwotnego 90-dniowego terminu związania ofertą o kolejne 60 dni. Po rozstrzygnięciu postępowania jeden z wykonawców wniósł odwołanie, podnosząc, że wykonawcy, którzy nie przedłużali samodzielnie terminu związania ofertą po upływie dodatkowych 60 dni (o tyle przedłużono termin związania ofertą na wezwanie zamawiającego), powinni być zostać wykluczeni z udziału w postępowaniu, izba zdecydowała zawiesić toczące się postępowanie i zwróciła się do TSUE z pytaniami prejudycjalnymi dotyczącymi dopuszczalności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu lub odrzucenia jego oferty z powodu upływu terminu związania ofertą, a także możliwości zawarcia umowy z takim wykonawcą, jak również dopuszczalności żądania przez zamawiającego przedłużenia okresu ważności wadium na przedłużony okres związania ofertą, w świetle zasad równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców oraz przejrzystości i proporcjonalności.

Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) sparafrazował pytania w następujący sposób: „Czy (...) zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości dopuszczają wykluczenie wykonawcy, odrzucenie jego oferty lub uznanie jej za nieważną, w wypadku wykonawcy, który nie przedłużył okresu związania ofertą, jeżeli takie skutki nie zostały przewidziane w dokumentacji przetargowej, a po drugie, czy instytucja zamawiająca może w takich okolicznościach wymagać od wykonawców utrzymania ważności wadium ustanowionego jako zabezpieczenie oferty, bez możliwości przerwy, do dnia zawarcia umowy”.

Odpowiadając na powyższe pytania, w postanowieniu z dnia 13 lipca 2017 r. w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil sp. z o.o. i Saferoad Kabex sp. z o.o. v. Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Poznaniu, TSUE po pierwsze zwrócił uwagę na to, że brak pewności prawnej co do tej kwestii był spowodowany istnieniem dwóch równoległych linii orzeczniczych wypracowane na przestrzeni lat. W dalszej kolejności Trybunał uznał, że: „zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie

wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji (...)". TSUE odwołał się do podobnego orzeczenia, wydanego 2 czerwca 2016 r., w sprawie C 27/15, z którego wynikało, że jeżeli warunek udziału w postępowaniu, który należało spełnić pod rygorem wykluczenia, nie jest wyraźnie przewidziany w dokumentacji przetargowej i da się go zidentyfikować wyłącznie w drodze dokonywanej w orzecznictwie wykładni prawa krajowego, to instytucja zamawiająca może wyznaczyć wykluczonemu oferentowi termin wystarczający na naprawienie tego braku.

W wyroku C-35/17 TSUE uznał ponadto, że zasady równego traktowania i obowiązek przejrzystości tym bardziej stoją na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdy z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.

I.W zakresie unieważnienia

W następstwie niezasadnego wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty, zamawiający doszedł do błędnych wniosków, że w postępowaniu nie została złożona, żadna niepodlegająca odrzuceniu oferta, w konsekwencji czego nieprawidłowo zastosował normę art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP.

Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP i żądanie w postaci unieważnienia tej czynności są następstwem i konsekwencją zarzutów dotyczących błędów w zakresie podstaw wykluczenia i odrzucenia. Dlatego w tym zakresie uzasadnienie ogranicza się od stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie podlega odrzuceniu a sam Wykonawca nie powinien zostać wykluczony, a co za tym idzie nie znajdzie zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie.

W dniu 12 marca 2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.

Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy PZP, zamawiający uznał zarzuty zawarte w odwołaniu wniesionym w dniu 4 marca 2019 r, przez odwołującego za bezzasadne i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W związku z powyższym zamawiający udzielił następującej odpowiedzi.

W zakresie zarzutu nr I

bezprawnego wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP.

Odwołujący nie wykazał spełnienia tego warunku ani samodzielnie, ani jako wykorzystanie potencjału posiadanego przez inny podmiot, tj. Pana J.S.to jest co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia.

Odwołujący cytuje Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej KIO 764/1 18, mówiący o tym że inny podmiot powinien wykonać całe zamówienie, jeśli zamawiający postawił warunek co do całego zamówienia. Dalej odwołujący stawia tezę „a contrario” stwierdzając, że jeżeli zamawiający określił warunek w zakresie nie obejmującym całego przedmiotu zamówienia, tylko w stosunku do jego poszczególnych elementów. to podmiot trzeci powinien zrealizować zamówienie w zakresie w jakim doszło do udostępnienia zasobów. Sam Odwołujący przyznaje więc, że to podmiot na którego potencjałe zamierza polegać, czyli Pan J.S., winien wykonać te wszystkie elementy zamówienia, co do których wykazuje swoje doświadczenie, a co do których doświadczenia nie ma Odwołujący — Media Group sp. z o.o. Do tych elementów przedmiotu zamówienia, a jednocześnie elementów warunku doświadczenia, należą punkt 1 Opisu przedmiotu zamówienia - polegający na opracowaniu informacji prasowych i punkt 2 Opisu przedmiotu zamówienia polegający na produkcji i emisji audycji radiowych. W wyjaśnieniach z dnia 15 lutego 2019 r. Odwołujący w sposób jednoznaczny zadeklarował, że elementy przedmiotu zamówienia zawarte w punktach 1 i 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia wykona sam Odwołujący czyli Media Group sp. z o.o. Z powyższego pisma wyraźnie wynika podział obowiązków między Pana J.S. a Odwołującego Media Group sp. z o.o. Pan J.S. ma, według Odwołującego, wykonać lub koordynować osobiście realizację punktów 5, 6, 10, 11, 14, 13a i 13c Opisu Przedmiotu Zamówienia. Pozostałe punkty Opisu Przedmiotu Zamówienia ma wykonać sam Odwołujący. Jak napisano w piśmie z dnia 15 lutego 2019 r.:

„Ponadto informujemy, iż jako Wykonawca, poza koordynacją formalno-finansową projektu zamierzamy wykonać pozostałe punkty zakresu opisanego w OZP, w szczególności w zakresie produkcji materiałów promocyjnych i ich emisji w mediach (pkt 1-4, 8, 9, 12, 13b OPZ), przy czym również, będziemy mieć nadzór nad pracami

wykonywanymi przez Pana J.S.."

W świetle powyższych twierdzeń Odwołującego nie da się racjonalnie przyjąć deklaracji zawartej w treści odwołania, że to Pan J.S.: „zrealizuje umowę w sprawie zamówienia publicznego”. Stoi to w sprzeczności z informacjami podanymi w piśmie z dnia 15 lutego 2019 r. Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący po wykluczeniu go z postępowania i odrzuceniu jego oferty, próbuje przyjąć korzystną dla siebie linię obrony i przez to unika konfrontacji z treścią swojego jednoznacznego w treści pisma z dnia 15 lutego 2019 r. Odwołujący cytuje korzystne dla siebie stwierdzenia mówiące, że: „Pan J.S. jako PR Asystent również będzie aktywnie uczestniczył w realizacji powyższych zadań” oraz „jako PR Asystent będzie zaangażowany w realizację wszystkich zadań zapisanych w OPZ”. Odwołujący twierdzi też, że sam fakt, iż Pan S. ma objąć funkcję Asystenta PR wiąże się z realizacją wszystkich elementów przedmiotu zamówienia, związanych z udostępnianym potencjałem. Zdaniem Zamawiającego, nie jest to zgodne ze stanem faktycznym wynikającym złożonych wcześniej dokumentów.

Zamawiający pragnie zdecydowanie podkreślić, że na podstawie całokształtu dokumentów z postępowania o udzielenie zamówienia nie można podzielić poglądu Odwołującego, wykazał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu doświadczenia w realizacji co najmniej 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Poniżej, Zamawiający wskazuje z jakiego powodu nie uznał spełnienia tego warunku przez Odwołującego.

Wraz z ofertą, Odwołujący złożył Wykaz wykonanych usług. Zawarta w nim została informacja o wykonanym zamówieniu pod nazwą: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze”. W treści tej informacji nie została zawarta informacja, że nie jest to element doświadczenia Odwołującego, tylko innego podmiotu Pana J.S.. Wręcz przeciwnie, z przedstawionego wykazu usług można było wysnuć wniosek, że jest to doświadczenie samego Odwołującego Media Group. Podano tam nazwę wykonawcy: Media Group Sp. z o.o. oraz zdanie, że tenże wykonawca oświadcza, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat zamówienie na usługę „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze”. Brak było jakiegokolwiek wzmianki o tym, że w rzeczywistości wykonał to Pan J.S., a nie Media Group sp. z o.o.

Poza tym do oferty została dołączona informacja w formie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia odpowiedzialnych za wykonywanie usług. Wśród tych osób został wymieniony Pan J.S. jako osoba mająca objąć funkcję PR Asystenta. Odwołujący zadeklarował, w informacji o podstawie do dysponowania tym zasobem. Oznaczało to, że sam Odwołujący ma lub nawiąże stosunek prawny z Panem J.S. w celu wykonywania przez niego funkcji PR Asystenta.

Z żadnego innego dokumentu nic wynikało, że Pan J.S. jest tzw. „innym podmiotem” w rozumieniu art. 22a ustawy Pzp, udostępniającym swoje zasoby Odwołującemu. Z treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia wynikało tylko, że Pan J.S. ma być podwykonawcą Odwołującego, nie zaś innym podmiotem udostępniającym jakkolwiek zasób. Odwołujący co prawda zaznaczył informację, że zamierza posłużyć się potencjałem innego podmiotu, ale nie określono kto ma być tym podmiotem. Co ważniejsze z Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, ani z żadnego innego dokumentu nie wynikało w jakim zakresie Odwołujący zamierza posłużyć się potencjałem innego podmiotu.

Zamawiający przypomina, że zgodnie z ustawą PZP na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że realizując zamówienie, wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Ten dowód, będący np. zobowiązaniem innego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, musi być przedstawiony już wraz z ofertą, a nie dopiero po wezwaniu przez zamawiającego.

Urząd Zamówień Publicznych w opinii pt.: „Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp?” dostępnej pod adresem internetowym: - postepowaniu,-czy-tez- powinno-zostac-zlozone-w-tybie-procedury-wynikajacej-z-art-26-ust.-1-i-2-ustawy-pzp-stwierdza co następuje:

„dla dokonania wstępnej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie, w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony. do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument, (...) W celu dokonania takiej oceny zamawiający musi dysponować pełną informacją o tym, że w ogóle potencjał podmiotu trzeciego powinien podlegać jego wstępnej ocenie Dla osiągnięcia takiego celu konieczne jest złożenie przez wykonawców wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu

zobowiązania podmiotu trzeciego"

Obowiązek ten istnieje więc niezależnie od tego czy zamawiający wskaże na niego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący, przyjmując swoją linię obrony, wskazywał w piśmie z dnia 8 lutego 2019 r., że nie dołączył do oferty tego zobowiązania, bowiem Zamawiający nie opisał takiego obowiązku w specyfikacji istotnych warunków w punkcie 15.3 pkt 1) „Zawartość oferty”, będący częścią punktu 15 „Opis przygotowania oferty”. Zawarty w SIWZ punkt „Opis przygotowania oferty” wynika z art. 36 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp, który nakazuje zawrzeć w SIWZ „opis sposobu przygotowywania ofert”. Należy jednak zauważyć, że zobowiązanie innego podmiotu co do udostępnienia swoich zasobów nie jest uznawane za treść oferty, ale za dokument potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Sam Odwołujący przyznaje to w piśmie z dnia 8 lutego 2019 r, pisząc:

„Poleganie na zasobach podmiotu trzeciego ma na celu wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z tym wszystkie dokumenty z tym związane – włączając to zobowiązanie do oddania zasobów do dyspozycji wykonawcy - stanowią dokumenty składane w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Nie może więc być wątpliwości co do tego, że zobowiązanie innego podmiotu nie stanowi elementu „oferty” i jako taki nie musi być opisywany w punkcie SIWZ dotyczącym opisu sposobu przygotowania ofert. Obowiązek przygotowania i załączenia takiego zobowiązania wynika z samej ustawy Pzp., która w art. 22 a ust 2 stwierdza, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia." Dodatkowo, Zamawiający wskazał na ten obowiązek również w swojej SIWZ w punkcie 9.2.5. Odwołujący więc miał pełną wiedzę co do tego, że musi udowodnić realność udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Pomimo tego nie wskazał z jakiego potencjału zamierza skorzystać i jaki podmiot jest uznawany przez niego jako przekazujący swój potencjał.

Dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 z dnia 29 stycznia 2019 r. w sprawie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca zorientował się co do swojego zaniechania i złożył zobowiązanie innego podmiotu w piśmie złożonym 6 lutego 2019 r. Zamawiający po zbadaniu złożonych dokumentów, w szczególności zobowiązania Pana J.S. uznał, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu i wezwał w dniu 7 lutego 2019 r. Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia. Nie jest więc prawdziwa teza Odwołującego, że nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów. Wykonawca nie zakwestionował tego wezwania przez złożenie odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, ale odpowiedział na nie składając w Wykazie wykonanych lub wykonywanych usług, dodatkowo informację o wykonanym zamówieniu dla Banku Gospodarstwa Krajowego na „Ogólnopolską kampanię/usługę informacyjno-promocyjną”. Z treści tego Wykazu nadal nie wynikało spełnianie przez odwołującego spełniania warunku doświadczenia. Ponadto, odwołujący w piśmie z dnia 8 lutego 2019 r. podjął polemikę z zamawiającym co do poprawności złożonego wcześniej zobowiązania Pana J.S., które zdaniem odwołującego, spełniało wymogi Prawa zamówień publicznych. Co więcej, odwołujący przedstawił tezę, że Zamawiający winien był wezwać wcześniej Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. do złożenia zobowiązania innego podmiotu. Tym niemniej, jak kontynuował swoje rozważania odwołujący, skoro złożył on w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 1, zobowiązanie Pana J.S., omacza to, że Zamawiający nie miał już konieczności wzywania o to ponownie. W punkcie IV. Pisma z dnia 8 lutego 2019 r. zatytułowanym „Brak konieczności wezwania skoro już złożono”, Odwołujący napisał:

„Mając jednak na uwadze fakt że wykonawca złożył zobowiązanie do oddania zasobów na wezwanie zamawiającego, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy PZP i Zamawiający tym dokumentem dysponuje, a co za tym idzie może dokonać jego oceny, fakt niezastosowania art. 25 ust. 3 ustawy PZP na etapie wstępnej oceny spełniania warunków nie ma wpływu na wynik postępowania.

Należy przyjąć, że skoro złożenie tego dokumentu było możliwe na wezwanie Zamawiającego, jest również możliwe i skuteczne jego złożenie w wyniku wezwania o którym mowa w art. 26 ust.3 PZP”

Dalej w punkcie V pt. „Reasumując”, odwołujący stwierdził m.in. że „ Obecnie wezwanie do uzupełniania dokumentów z dnia 7 lutego 2019 jest bezzasadne, gdyż Wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Dodatkowo do pisma stanowiącego odpowiedź na wezwanie Zamawiającego z art. 26 ust. 3, Odwołujący dołączył ponownie niezmienione zobowiązanie pana J.S. do oddania swojego zasobu doświadczenia,

nie decydując się na zmianę tego podmiotu, ani na zmianę treści zobowiązania.

Należy więc uznać, że odwołujący, który został wezwany do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3, zgodził się, że zobowiązanie innego podmiotu powinno być złożone już wraz z ofertą. Tym niemniej, odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia odwołujący złożył ponownie taki sam dokument zobowiązania Pana J.S..

Na podstawie uzupełnień i wyjaśnień odwołującego, Zamawiający ocenił czy Odwołujący spełnia warunek doświadczenia. Przede wszystkim, Zamawiający ocenił czy złożony w ramach uzupełnienia „Wykaz wykonanych usług” potwierdza spełnienie warunku.

Zamawiający stwierdził, że nie wykazano spełnienia tego warunku, ponieważ wskazana tam „Ogólnopolska kampania/usługa informacyjno-promocyjna” nie dotyczyła podstawowego warunku jakim było wykazanie się kampanią dotyczącą projektu infrastrukturalnego.

Na marginesie należy stwierdzić, że Odwołujący zapewne miał świadomość tego, że „Ogólnopolska kampania/usługa informacyjno-promocyjna” nie potwierdza spełnienia warunku postawionego przez Zamawiającego, gdyż nie postawił w treści odwołania zarzutu nie uznania tej usługi przez Zamawiającego.

Zamawiający dokonał też oceny czy odwołujący potwierdził spełnianie warunku poprzez wskazanie usługi „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze”, tj. usługi wykonanej przez Pana J.S.. Nade wszystko należało ocenić, czy złożone w ramach uzupełnienia, zobowiązanie do oddania zasobu doświadczenia Pana J.S. zostało złożone poprawnie. Analiza tego zobowiązania nie pozwoliła uznać, że potwierdza ono realne przekazanie swojego potencjału. Wskazano tam bowiem zakres wykonanych prac przez Pana J.S. w ramach usługi „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze”, ale nie napisano już w żaden konkretny sposób jak to doświadczenie będzie przekazane. Jako sposób wykorzystania zasobów podano:

„udział w realizacji zamówienia i wykorzystywanie mojego doświadczenia”. Taki opis niczego nie konkretyzuje, nie pokazuje realności przekazania doświadczenia. Jako zakres udziału Pana J.S. napisano, że będzie członkiem zespołu przy realizacji zamówienia i będzie pełnił funkcje PR Asystenta. To również nie udowadnia realności przekazania swojego doświadczenia. Udział w realizacji zamówienia jako PR Asystent miał się odbywać w ramach wykorzystania zasobu własnego Odwołującego i tylko w ramach obowiązków jednej z osób wskazanych w ramach zespołu PR. Dodatkowo osoba PR Asystenta, jak wynika z jej nazwy, jest funkcją pomocniczą* w szczególności wobec PR Managera Kierownika Zespołu. Na funkcję Kierownika Zespołu Odwołujący wskazał Pana M. P. . Wobec Kierownika Zespołu należało potwierdzić większe doświadczenie niż wobec PR Asystenta. Kierownikiem Zespołu zgodnie z opisem warunku zawartym w SIWZ, może być osoba posiadająca wyżejco najmniej pięcioletnie doświadczenie w zarządzaniu związanym z działaniami public relations, w tym co najmniej jednym przedsięwzięciu polegającym na nadzorowaniu/koordynowaniu kampanii public relations o wartości co najmniej 1 000 000 200 (jeden milion) PLN netto (bez VAT). Co do PR Asystenta wystarczało wykazać się, że ta osoba posiada wyższe wykształcenie, co najmniej roczne doświadczenie na stanowisku związanym z działaniem public relations, reklama lub marketingiem o wartości co najmniej 500 (pięćset tysięcy) PLN netto (bez VAT).

Jak widać z powyższego, PR Asystent to osoba mogąca mieć znacznie niższe doświadczenie, bowiem pełnić będzie funkcje pomocnicze, nie zaś kierownicze w ramach realizacji zamówienia. Fakt zadeklarowania bycia PR Asystentem w żaden sposób nie wyjaśnia ani nie gwarantuje, że Pan J.S. w ten sposób przekaze skutecznie swoje doświadczenie.

Odwołujący podnosi w swoim odwołaniu, że w Opisie Przedmiotu Zamówienia, Zamawiający żąda aby PR Asystent był dostępny w siedzibie Zamawiającego 5 dni w tygodniu w godzinach pracy Zamawiającego, czyli przez cały tydzień roboczy. Wykonawca w porozumieniu z Zamawiającym stworzy miejsce pracy dla PR Asystenta oraz zapewni mu niezbędne narzędzia pracy. Jak z tego wynika, na czas realizacji Kontraktu, PR Asystent ma pracować w siedzibie Zamawiającego. Realizowanie takiej pracy i funkcji pomocniczych wobec reszty personelu PR oraz samego Wykonawcy, nie sposób pogodzić ze stwierdzeniem o realizacji osobiście przez PR Asystenta wszystkich, opisanych w warunku czynności.

Wreszcie, w zobowiązaniu podano jako usługi, które zrealizuje Pan J.S. bardzo ogólne stwierdzenie: „Działania PR”. Nie da się z takiego określenia odczytać, które z „działań PR” ma wykonać Pan J.S.. Podsumowując, w świetle wyżej opisanej funkcji PR Asystenta i obowiązku jego codziennej obecności w siedzibie Zamawiającego nie można było uznać, że załączone zobowiązanie Pana J.S. w wystarczający sposób udowadnia realność przekazania potencjału doświadczenia.

Stąd, z daleko posuniętej ostrożności, pomimo braku udowodnienia przez podmiot Pana J.S. realnego przekazania swoich zasobów, Zamawiający podjął próbę dodatkowego wyjaśnienia treści zobowiązania przekazując wezwanie na podstawie art.26 ust. 4. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w sposób nie pozostawiający wątpliwości co do intencji podziału obowiązków napisał, że punkty 1 i 2 Opisu Przedmiotu zamówienia będą wykonywane przez, nieposiadającego doświadczenia Odwołującego — Media Group Sp. z o.o. a nie przez Pana J.S., który to wyłącznie posiada wymagane doświadczenie ale czynności tych nie wykona. Złożone wyjaśnienia składają się w spójną całość pozwalającą wysnuć wniosek, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku doświadczenia, mimo próby posłużenia się potencjałem innego podmiotu. W związku z tym Odwołujący musiał zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp.

W zakresie zarzutu nr 2, tj. zarzutu bezprawnego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 a ustawy Pzp.

Odwołujący twierdzi, że Zamawiający nie wzywał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Jest to twierdzenie nieściśle, ponieważ Odwołujący został wezwany do takiego wyrażenia zgody pismem z dnia 17 grudnia 2018 r. (znak pisma: ZM-JRP.0421.I.007.006.2018.HM). Zamawiający, zgodnie z treścią art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i ważności wadium o 60 dni. Takie, jednorazowe uprawnienie daje Zamawiającemu art. 85 ust. 2 ustawy PZP- Odwołujący, pismem z dnia 18 grudnia 2018 r. napisał, że „przedłuża termin związania ofertą o kolejne 60 dni”. Zamawiający dochował staranności i przekazał takie wezwanie wszystkim wykonawcom w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wyżej cytowany przepis nie daje jednak zamawiającemu uprawnienia do kolejnych wezwań dotyczących kolejnych przedłużeń terminu związania ofertą. Wykonawca zainteresowany podtrzymaniem ważności swojej oferty powinien kontynuować stan związania ofertą i ponowić taką zgodę przed zbliżającym się upływem przedłużonego wcześniej terminu związania ofertą. Należy tym samym uznać, że Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Instytucja związania ofertą pełni bardzo istotną funkcję w procedurze wyboru oferty najkorzystniejszej i nie można na równi stawiać sytuacji prawnej wykonawcy, który jest związany ofertą i podtrzymuje zabezpieczenia wadium z wykonawcą, który utracił owo związanie. W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 września 2011 r. (sygn. akt KIO 1815/11) podniesiono doniosłość instytucji związania ofertą:

„Izba za nieprawidłowe uznała twierdzenia odwołującego, iż możliwy jest wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, której termin związania upłynął. Twierdzenie takie w istocie prowadzi do podważenia instytucji terminu związania ofertą, która przewiduje m. in art. 85 ustawy Prawo zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę wykładnię systemową oraz zasadę racjonalnego ustawodawcy nie sposób uznać, że istnienie tej instytucji nie wywołuje żadnych skutków prawnych. Gdyby twierdzenie odwołującego było prawidłowe, instytucja terminu związania ofertą byłaby w ustawie zbędna, gdyż z jej istnieniem nie byłyby powiązane żadne skutki prawne. Jednakże instytucja ta istnieje w ustawie, w związku z tym, w ocenie Izby skutek prawny jej istnienia polega na tym, że nie jest możliwy wybór oferty najkorzystniejszej, której termin związania upłynął.”

W wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2016 r. (KIO 1898/16) uznano, że po upływie terminu związania ofertą, staje się ona ofertą jedynie w znaczeniu historycznym lub substratem materialnym oferty, a nie wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach.

Wyczerpującą analizę konieczności istnienia związania ofertą przeprowadziła Izba w Wyroku z dnia 27 sierpnia 2014 r. (sygn. akt KIO 1669/14):

Po pierwsze należy powiedzieć że skutki wygaśnięcia terminu związania ofertą trzeba rozpatrywać nie tylko przez pryzmat przepisów P.z.p., które de iure nie wprowadzają wymogu ciągłego utrzymywania przez wykonawcę stanu związania ofertą (patrz przepis art. 85 P.z.p.), ale sięgnąć również - poprzez odesłanie zawarte w art. 14 P.z.p. - do przepisów k.c. Istotne znaczenie w tym zakresie ma przepis art. 66 k.c., w świetle którego stan związania ofertą jest konstruktywnym elementem oświadczenia woli zmierzającego do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Łączna interpretacja ww. przepisów prowadzi w konsekwencji do logicznego wniosku, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania ofertą. Należy bowiem zauważyć, że upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie. wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie jako wiążącym oferenta oświadczeniem woli o gotowości do zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach.

Po drugie - konieczne jest odniesienie się do zmian legislacyjnych, jakie na przestrzeni lat w zaszły związku z omawianą kwestią Do czasu nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 4 września 2008 r. inicjatywa w zakresie przedłużania terminu związania ofertą należała wyłącznie do zamawiających. Przepis ten uległ jednak zasadniczej

zmianie, którą należy ocenić jako przesunięcie ciężaru dbałości o stan związania ofertą z zamawiającego na wykonawców. Zamawiającemu de lege lata przysługuje już tylko uprawnienie do jednokrotnego zwrócenia się, w określonym czasie, do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą na czas oznaczony, nie dłuższy niż 60 dni, podczas gdy wykonawcy zyskali możliwość nieograniczonego czasem i ilością przedłużania omawianego terminu. Przyjęcie zatem zapatrywań, że ciężar dbałości o istnienie stanu związania ofertą spoczywa na zamawiającym jako gospodarzu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz że możliwy jest wybór jako oferty najkorzystniejszej po wygaśnięciu terminu związania ofertą byłoby nie do pogodzenia nie tylko z dokonaną zmianą brzmienia przepisu art. 85 P.z.p., ale w ogóle z sensem istnienia tej regulacji w przepisach P.z.p.

Po trzecie - należy mieć na względzie także i ten skutek, że dopuszczenie do oceny zarówno ofert wykonawców, którzy nie są już nimi związani, jak i tych, którzy są nimi związani nie tylko sankcjonowałoby ich nierówne traktowanie, ale również doprowadziłoby w efekcie do nieuzasadnionego uprzywilejowania wykonawcy, którego ofertę - pomimo wygaśnięcia terminu związania - wybrano, gdyż mógłby on, bez ujemnych konsekwencji, odmówić zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, w przeciwieństwie do wykonawcy, którego ofertę wybrano przed upływem ww. terminu. W jego bowiem przypadku nie zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego mogłoby wiązać się chociażby z dotkliwymi skutkami finansowymi w postaci zatrzymania wadium, które - ad casum - wynosiło 71.500,00 zł (argument z Rozdziału 16, ust. 16. I SWZ).

Powyższe rozważania zachowały swoją aktualność również w obecnym stanie prawnym i zostały podzielone przez KIO w Wyroku z dnia 23 października 2017 r. (sygn. akt KIO 2097/17):

„Tak więc w ocenie Izby, kwestia będąca przedmiotem rozpoznania niniejszej sprawy tj. czy wykonawca powinien być związany ofertą na moment wyboru oferty najkorzystniejszej zważywszy, iż oświadczenie wykonawcy o związaniu ofertą jest potwierdzeniem jego uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia i gotowości zawarcia umowy na warunkach określonych w złożonej ofercie, jest istotna. Chodzi, bowiem o to, aby wybór dotyczył oferty, z której płynące zobowiązania, wykonawca jest obowiązany wypełnić. Jakkolwiek ustawa PZP nie zawiera jednoznacznego przepisu wskazującego, iż na dzień wyboru najkorzystniejszej oferty, wykonawcy muszą być związani swoimi ofertami, to jednak można to wywieść m.in. z art. 85 ust. 2 PZP i 182 ust. 6 Pzp. ustawy. W ocenie Izby, gdyby to czy wykonawca jest związany ofertą nie miało znaczenia dla czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ustawa nie zawierałaby uregulowań dotyczących przedłużania terminu związania ofertą (art. 85 ust. 2 Pzp) czy zawieszenia tego terminu (art. 182 ust. 6 Pzp).”

Wreszcie w Wyroku z dnia 24 lipca 2017 r. (KIO 1395/17) Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła, że przeważające orzecznictwo Izby stwierdza, iż niedopuszczalne jest dokonywanie "wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert, wśród których znajdują się oferty pozostające w terminie związania ofertą i takich, wobec których termin związania ofertą upłynął:

„Skoro Odwołujący nie pozostawał w związaniu ofertą i nie może skutecznie domagać się zawarcia umowy to odpadła możliwość poniesienia przez niego szkody (brak możliwości wykazania nawet potencjalnej szkody na skutek naruszenia przepisów przez Zamawiającego).

W takim wypadku odwołanie, wobec którego nie zostały spełnione materialno prawne przesłanki warunkujące jego wniesienie podlega oddaleniu bez konieczności jego merytorycznego rozpoznania. "

Jak widać, linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej od dawna podkreśla niedopuszczalność oferty, którą nie jest związany wykonawca. Nie można tu bynajmniej mówić, jak napisał Odwołujący, o „wypracowaniu jednolitego stanowiska w dorobku orzeczniczym". Zamawiający uznaje, zgodnie z poglądem Urzędu Zamówień Publicznych oraz dorobkiem orzeczniczym uznawanym za przeważający w wyroku KIO 1395/17 że nie ma możliwości wyboru takiej oferty a co za tym idzie istnieje konieczność odrzucenia oferty.

Odwołujący niezgodnie z rzeczywistością podaje też, że opinia Urzędu Zamówień Publicznych na temat istotności związania ofertą, została „trwale usunięta" ze strony UZP. Opinia ta pt.: „Ocena skutków orzeczenia w sprawie C-35/17 Saferoad Grawil et Saferoad Kabex w polskim systemie prawnym" jest zawarta w Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych lipiec-wrzesień 2017 r. na stronach 23-27, który jest dostępny pod adresem internetowym: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0025/35566/Informator-nr3_2017.pdf

Ponadto, analiza orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pt.: „Ogłoszenie postanowienia Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie C-35/17Saferoad Grawilet Saferoad-Kabex" dostępna jest pod adresem:

W opinii Zamawiającego nieuprawniony jest więc wniosek, że UZP wycofał się z tej opinii. Odwołujący wysnuł takie przypuszczenie bezpodstawnie. Zamawiającemu nie jest też znane inne źródło w którym można znaleźć oświadczenie woli wyrażone przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o wycofaniu się ze stanowiska zawartego w powyższej analizie orzeczenia TSUE. W związku z tym należy przyjąć, iż również UZP popiera i przedstawia stosowną argumentację na poparcie stanowiska o konieczności odrzucenia oferty, której związanie wygasło. Zgodnie z tym stanowiskiem nieprzedłużenie terminu związania ofertą w obu przypadkach opisanych w art. 85 ust. 2 ustawy PZP jest równoznaczne z rezygnacją wykonawcy z dalszego udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, czy też, używając terminologii ustawy, niewyrażeniem przez wykonawcę zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą, zdaniem UZP jest niezbędne dla istnienia oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zaś ustanowienie wadium ma na celu w szczególności zabezpieczenie roszczeń zamawiającego w przypadku niewywiązywania się przez wykonawcę z wynikających z oferty zobowiązań. Wraz z obowiązkiem kontynuacji związania ofertą, wykonawca musi również zabezpieczyć ofertę wadium, które w przedmiotowym postępowaniu było wymagane. Brak związania ofertą oznacza również brak wadium. W swojej opinii, UZP uznaje, że wadium powinno być ustanowione i utrzymywane przez cały okres związania ofertą: „Na gruncie prawa cywilnego, w myśl art. 704 Kodeksu cywilnego, wadium stanowi warunek udziału w aukcji albo przetargu w związku z czym niewniesienie wadium powoduje, że udział w przetargu albo aukcji jest niemożliwy, a ewentualne oferty nie wywołują skutków prawnych (zob. Robaczyński W. Komentarz do art. 704 Kodeksu cywilnego lw: I Księżak P. (red.), Pyziak-Szafnicka M. (red.) op.cit.). W postępowaniu o udzielenie zamówienia niewniesienie przez wykonawcę wadium powoduje, że jego udział w postępowaniu jest niemożliwy, przez co jego oferta podlega odrzuceniu.”

W związku z powyższymi przykładami orzecznictwa i doktryny Prawa zamówień publicznych, Zamawiający uważa, że odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne.

W zakresie zarzutu nr 3, tj. zarzutu bezprawnego unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp.

W związku z zasadnym wykluczeniem Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP oraz odrzuceniem jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7a, również unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1) było zasadne, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wobec powyższego zamawiający wnosi jak na wstępie o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołanie wniesiono od czynności zamawiającego w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem są Działania informacyjne i promujące na rzecz projektu „Oczyszczanie ścieków na Żywiecczyźnie - Faza IIA”.

Ogłoszenie o postępowaniu celem udzielenia przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 1 września 2018 r. pod numerem 2018/S 168-382577.

Informację o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania odwołujący powziął dnia 22 lutego 2019 r., tj. w dniu zapoznania się z przesłanym przez zamawiającego tego samego dnia (w formie faxu) zawiadomieniem o wykluczeniu i odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania.

Odwołujący został wykluczony z postępowania a jego oferta została odrzucona, podobnie jak oferty dwóch pozostałych wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia co spowodowało unieważnienie postępowania.

W tym stanie rzeczy odwołujący powołał się na interes w uzyskaniu zamówienia, składając odwołanie i zarzucając naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy PZP.:

- 1.art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP przez wykluczenie odwołującego z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu pomimo tego, że według odwołującego warunki zamawiającego spełnił wykazując je przy złożeniu oferty, czy też odpowiadając na wezwania zamawiającego po złożeniu oferty.

W związku z tym zarzucił również

- 2.naruszenie art. 26 ust 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów

potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu a co nie jest uprawnieniem tylko obowiązkiem zamawiającego,

kolejno odwołujący zarzucił naruszenie

3.art. 89 ust. 1 pkt 7a) ustawy PZP przez odrzucenie oferty odwołującego z postępowania z powodu niewyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą podczas, gdy zamawiający nie wzywał odwołującego do wyrażenia takiej zgody.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów odwołujący zaskarżył czynność zamawiającego co do unieważnienia postępowania w związku z wykluczeniem wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia a w konsekwencji również odrzucenia ich ofert w związku z treścią art.93 ust.1 pkt 1 ustawy PZP.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu

poniższych czynności:

- 1.unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 2.unieważnienia czynności odrzucenie oferty odwołującego;
- 3.unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 4.powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty odwołującego.

Na rozprawie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego do akt sprawy i dokonała następujących ustaleń i zważenia podniesionych zarzutów odwołania.

I.w zakresie wykluczenia odwołującego z postępowania i unieważnienia postępowania.

Zamawiający jako podstawę prawną wykluczenia odwołującego z postępowania wskazał art.24 ust.1 pkt 12 ustawy PZP w myśl którego, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Okolicznością na podstawie której zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania w związku z warunkiem udziału w postępowaniu był wymóg siwz co do doświadczenia zawodowego, w okresie ostatnich 3 lat w zakresie wykonania co najmniej: - 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia.

Za usługę odpowiadającą swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia, o której mowa w niniejszym punkcie, należało rozumieć usługę polegającą na wykonaniu kampanii promocyjnej, edukacyjnej, społecznej, dotyczącej inwestycji infrastrukturalnej, o co najmniej regionalnym zasięgu oddziaływania, której wartość wynosiła co najmniej 450 000,00 (czterysta pięćdziesiąt tysięcy) PLN netto (bez podatku VAT), w ramach której łącznie zrealizowano co najmniej: a) przygotowanie i publikację co najmniej 10 informacji prasowych, b) wyprodukowanie co najmniej 10 audycji radiowych wraz z ich emisją w radio o zasięgu co najmniej regionalnym, c) badanie społecznego odbioru inwestycji za pomocą dowolnej metodologii, d) przygotowanie i przeprowadzenie co najmniej dwóch konferencji prasowych dla co najmniej 100 uczestników każda, e) przeprowadzenie co najmniej 10 spotkań z mieszkańcami na temat realizowanej inwestycji infrastrukturalnej.

Zamawiający również postawił wymóg co do dyspozycji osobami zdolnymi do wykonania zamówienia i tak oczekiwał od wykonawcy dysponowania osobami skierowanymi do realizacji zamówienia, umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj.:1) PR Manager - Kierownik Zespołu (1 osoba)- osoba posiadająca wyższe wykształcenie, co najmniej pięcioletnie doświadczenie w zarządzaniu związanym z działaniami public relations, w tym co najmniej jednym przedsięwzięciu polegającym na nadzorowaniu/koordynowaniu kampanii public relations o wartości co najmniej 1 000 000,00 (jeden milion) PLN netto (bez VAT), 2) PR Asystent - Asystent (1 osoba) - osoba posiadająca wyższe wykształcenie, co najmniej roczne doświadczenie na stanowisku związanym z działaniami public relations, reklamą, promocją lub marketingiem o wartości co najmniej 500 000,00 (pięćset tysięcy) PLN netto (bez VAT), 3) Grafik (1 osoba) - osoba posiadająca co najmniej wykształcenie średnie, co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe na stanowisku związanym z grafiką komputerową, w tym co najmniej jednej kreacji działań marketingowych/ public relations o wartości co najmniej 500 000,00 (pięćset tysięcy) PLN netto (bez VAT).

Odwołujący wykazał spełnianie warunku przez powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego tj. J.S. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Konsultant J.S.. Przy czym odwołujący do oferty załączył JEDZ podpisany przez Pana J.S. nie składając zobowiązania tejże osoby jako podmiotu trzeciego udostępniającego odwołującemu cudze

zasoby a co strony również potwierdziły w toku prowadzonego postępowania odwoławczego.

Zamawiający pismem z dnia 29 stycznia 2019 r., w trybie art. 26 ust. 1 ustawy PZP Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia z postępowania.

Na powyższe wezwanie odwołujący złożył wymagane dokumenty, w tym zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów, przez Pana J.S. jako biorącego udział w realizacji zamówienia na stanowisku członka zespołu przy realizacji zamówienia z funkcją Asystenta PR a co już wynikało z załączonego do oferty wykazu osób wyznaczonych do realizacji zamówienia.

Zamawiający po otrzymaniu powyższych dokumentów, pismem z dnia 7 lutego 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub do udzielenia wyjaśnień tj. do złożenia wykazu usług potwierdzającego spełnienie warunku wiedzy i doświadczenia, ponieważ złożony na wezwanie wykaz obejmuje doświadczenie podmiotu trzeciego - J.S., który nie został wskazany na etapie oferty.

Odwołujący odnosząc się do wezwania zamawiającego złożył wyjaśnienia i wskazał, że Konsultant J.S. został wykazany na etapie składania oferty przez wskazanie w JEDZ odwołującego i załączenia JEDZ podmiotu trzeciego.

Po złożeniu wyjaśnień ponownie zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP pismem z dnia 13 lutego 2019 r., oczekując odpowiedzi na pytanie czy J.S. wykona całe zamówienie. W tym celu zamawiający odniósł się do wszystkich jego elementów po kolei i czy i w jaki sposób odwołujący zamierza angażować się w realizację zamówienia, w szczególności, które elementy wykona odwołujący.

Udzielając odpowiedzi w trybie art.26 ust.4 ustawy PZP o z dnia 15 lutego 2019 r. odwołujący wskazał, że Konsultant J.S. zrealizuje zakres umowy opisany w punkcie 5, 6, 10,11, 13a, 13e i 14 OPZ, a Wykonawca Media Group pozostałe punkty OPZ. Z powyższego zestawienia wynika, że podmiot udostępniający nie wykona punktów 1 i 2 OPZ czyli nie wykona: 1. informacji prasowej; 2. Audycji radiowej. Z wyjaśnień wynika, że Konsultant J.S. „nie będzie realizował usług dla których doświadczenie jest wymagane tj. do opracowania informacji prasowych oraz produkcji i emisji audycji radiowych”.

Z kolei ze złożonego zobowiązania wynika, że Pan J.S. weźmie udział w realizacji zamówienia i zostanie wykorzystane jego doświadczenie, będzie on członkiem zespołu przy realizacji zamówienia i będzie pełnił funkcję Asystenta PR przez pełen okres realizacji zamówienia, a usługi jakie zrealizuje to „Działania PR”.

Izba na podstawie dokonanych ustaleń, w zakresie zasadności zarzutu dotyczącego bezpodstawności wykluczenia z postępowania, z powodu nie spełnienia przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, na tle postawionych wymogów doświadczenia zawodowego, nie uznaje zarzutu za udowodniony.

Odwołujący na tle przedstawionego przebiegu procedury wezwań do uzupełnień czy też wyjaśnień wykazanego doświadczenia zawodowego w ofercie zarówno własnego jak i podmiotu trzeciego to jest Pana J.S. nie udowodnił bezprawnego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy PZP.

W ocenie Izby odwołujący nie wykazał spełnienia tego warunku ani samodzielnie, ani jako wykorzystanie potencjału posiadanego przez inny podmiot, tj. Pana J.S. to jest co najmniej jednej usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia.

Na powyższą ocenę miały wpływ wyjaśnienia z dnia 15 lutego 2019 r. Odwołujący w sposób jednoznaczny zadeklarował, że elementy przedmiotu zamówienia zawarte w punktach 1 i 2 Opisu Przedmiotu Zamówienia wykona sam Odwołujący czyli Media Group sp. z o.o. Z powyższego pisma wyraźnie wynika podział obowiązków między Pana J.S. a Odwołującego Media Group sp. z o.o. Pan J.S. ma, według Odwołującego, wykonać lub koordynować osobiście realizację punktów 5, 6, 10, 11, 14, 13a i 13c Opisu Przedmiotu Zamówienia. Pozostałe punkty Opisu Przedmiotu Zamówienia ma wykonać sam Odwołujący. Świadczy o tym powyższe pismo odwołującego „Ponadto informujemy, iż jako Wykonawca, poza koordynacją formalno-finansową projektu zamierzamy wykonać pozostałe punkty zakresu opisanego w OZP, w szczególności w zakresie produkcji materiałów promocyjnych i ich emisji w mediach (pkt 1-4, 8, 9, 12, 13b OPZ), przy czym również, będziemy mieć nadzór nad pracami wykonywanymi przez Pana J.S.”

Słusznie zamawiający stwierdził, że na podstawie całokształtu dokumentów z postępowania o udzielenie zamówienia nie można podzielić poglądu odwołującego, wykazał on spełnienie warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu doświadczenia w realizacji co najmniej 1 usługi odpowiadającej swoim rodzajem i wartością usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.

Resumując Izba stwierdza, że przeprowadzone postępowanie dowodowe wykazało brak po stronie odwołującego

własnego doświadczenia zawodowego wymaganego do realizacji zamówienia. Z kolei podmiot trzeci nie zapewnia udostępnienia zasobu w sposób gwarantujący wykorzystanie posiadanego doświadczenia Pana dr J.S.. Powyższa sytuacja zaistniała, pomimo wyczerpania przez zamawiającego procedur do uzupełnienia i wyjaśnienia złożonych dokumentów i oświadczeń zarówno w trybie art.26 ust.3 jak i ust.4 ustawy PZP.

W związku z powyższym stwierdzeniem należy wskazać następujące okoliczności faktyczne i prawne będące przedmiotem badania i oceny przez Izbę w trakcie rozprawy, jak również wynikające z odpowiedzi na odwołanie.

„Odwołujący złożył Wykaz wykonanych usług. Zawarta w nim została informacja o wykonanym zamówieniu pod nazwą: „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze”. W treści tej informacji nie została zawarta informacja, że nie jest to element doświadczenia Odwołującego, tylko innego podmiotu Pana J.S.. Z przedstawionego wykazu usług można było wysnuć wniosek, że jest to doświadczenie samego Odwołującego Media Group. Podano tam nazwę wykonawcy: Media Group Sp. z o.o. oraz zdanie, że tenże wykonawca oświadcza, że wykonał w okresie ostatnich trzech lat zamówienie na usługę „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze”. Brak było wzmianki o tym, że w rzeczywistości wykonał to Pan J.S., a nie Media Group sp. z o.o.

Poza tym do oferty została dołączona informacja w formie wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia odpowiedzialnych za wykonywanie usług. Wśród tych osób został wymieniony Pan J.S. jako osoba mająca objąć funkcję PR Asystenta. Odwołujący zadeklarował, w informacji o podstawie do dysponowania tym zasobem. Oznaczało to, że sam Odwołujący ma lub nawiąże stosunek prawny z Panem J.S. w celu wykonywania przez niego funkcji PR Asystenta”.

W toku postępowania odwoławczego bezspornie ustalono, że odwołujący nie wskazał, na etapie składania ofert, z jakiego potencjału zamierza skorzystać i jaki podmiot jest uznawany przez niego jako przekazujący swój potencjał.

Dopiero po wezwaniu przez Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 1 z dnia 29 stycznia 2019 r. w sprawie złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca złożył zobowiązanie innego podmiotu w piśmie złożonym 6 lutego 2019 r. Zamawiający po zbadaniu złożonych dokumentów w tym zobowiązania P. J.S. dowiedział się, że odwołujący nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał w dniu 7 lutego 2019 r. odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia. Wykonawca złożył Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, w tym informację o wykonanym zamówieniu dla Banku Gospodarstwa Krajowego na „Ogólnopolską kampanię/usługę informacyjno-promocyjną”. Z treści tego Wykazu nadal nie wynikało spełnianie przez odwołującego spełniania warunku doświadczenia.

Izba podziela ustalenia zamawiającego na podstawie złożonych i uzupełnionych dokumentów przez odwołującego. „Na podstawie uzupełnień i wyjaśnień odwołującego, Zamawiający ocenił czy Odwołujący spełnia warunek doświadczenia. Przede wszystkim, Zamawiający ocenił czy złożony w ramach uzupełnienia „Wykaz wykonanych usług” potwierdza spełnienie warunku. Zamawiający stwierdził, że nie wykazano spełnienia tego warunku, ponieważ wskazana tam „Ogólnopolska kampania/usługa informacyjno-promocyjna” nie dotyczyła podstawowego warunku jakim było wykazanie się kampanią dotyczącą projektu infrastrukturalnego. (...). Zamawiający dokonał też oceny czy odwołujący potwierdził spełnianie warunku poprzez wskazanie usługi „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze”, tj. usługi wykonanej przez Pana J.S.. Nade wszystko należało ocenić, czy złożone w ramach uzupełnienia, zobowiązanie do oddania zasobu doświadczenia Pana J.S. zostało złożone poprawnie. Analiza tego zobowiązania nie pozwoliła uznać, że potwierdza ono realne przekazanie swojego potencjału. Wskazano tam bowiem zakres wykonanych prac przez Pana J.S. w ramach usługi „Poprawa gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Zabrze”, ale nie napisano już w żaden konkretny sposób jak to doświadczenie będzie przekazane. Jako sposób wykorzystania zasobów podano: „udział w realizacji zamówienia i wykorzystywanie mojego doświadczenia”. Taki opis niczego nie konkretyzuje, nie pokazuje realności przekazania doświadczenia. Jako zakres udziału Pana J.S. napisano, że będzie członkiem zespołu przy realizacji zamówienia i będzie pełnił funkcje PR Asystenta. To również nie udowadnia realności przekazania swojego doświadczenia. Udział w realizacji zamówienia jako PR Asystent miał się odbywać w ramach wykorzystania zasobu własnego Odwołującego i tylko w ramach obowiązków jednej z osób wskazanych w ramach zespołu PR. Dodatkowo osoba PR Asystenta, jak wynika z jej nazwy, jest funkcją pomocniczą* w szczególności wobec PR Managera Kierownika Zespołu.(...) Jak widać z powyższego, PR Asystent to osoba mogąca mieć znacznie niższe doświadczenie, bowiem pełnić będzie funkcje pomocnicze, nie zaś kierownicze w ramach realizacji zamówienia. Fakt zadeklarowania bycia PR Asystentem w żaden sposób nie wyjaśnia ani nie gwarantuje, że Pan J.S. w ten sposób przekaże skutecznie swoje doświadczenie”.

Zamawiający posiadając nadal uzasadnione wątpliwości skorzystał z art.26 ust.4 ustawy Pzp.(...)”i to pomimo braku udowodnienia przez podmiot Pana J.S. realnego przekazania swoich zasobów, Zamawiający podjął próbę dodatkowego

wyjaśnienia treści zobowiązania przekazując wezwanie na podstawie art.26 ust. 4. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w sposób nie pozostawiający wątpliwości co do intencji podziału obowiązków napisał, że punkty 1 i 2 Opisu Przedmiotu zamówienia będą wykonywane przez, nieposiadającego doświadczenia Odwołującego — Media Group Sp.z o.o. a nie przez Pana J.S., który to wyłącznie posiada wymagane doświadczenie ale czynności tych nie wykona”.

Słusznie w tej sytuacji zamawiający wyczerpując w ocenie Izby w sposób prawidłowy po przeprowadzeniu procedury wezwań do uzupełnień i wyjaśnień przewidzianych w art.26 ust.3 i ust.4 ustawy Pzp stwierdził, brak posiadania doświadczenia zawodowego do wykonania umowy po stronie odwołującego.

Reasumując odwołujący nie potwierdził spełniania warunku doświadczenia, w sytuacji posłużenia się potencjałem innego podmiotu. W związku z tym zamawiający zobowiązany był do wykluczenia odwołującego z postępowania.

Tym samym zarzut naruszenia art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Konsekwentnie z powyższym nie potwierdził się zarzut bezpodstawnego unieważnienia postępowania przez zamawiającego na podstawie art.93 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp

II.W zakresie odrzucenia oferty odwołującego.

W zakresie odrzucenia oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 7a ustawy Pzp z powodu nie przedłużenia terminu związania ofertą w drodze samodzielnej czynności stron zarówno odwołujący jak i zamawiający przedstawili szereg orzeczeń na poparcie swoich przeciwnych w sprawie stanowisk.

Izba podziela stanowisko odwołującego, z uwagi na jednoznaczne brzmienie treści tego przepisu, który mówi o braku zgody.

Niemniej z uwagi na skuteczne wykluczenie odwołującego z postępowania na mocy art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie z uwagi na brak naruszenia wskazanego przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art.192 ust.2 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 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 (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego. Zamawiający złożył wniosek kosztowy na kwotę 573 zł 55 gr (słownie: pięćset siedemdziesiąt trzy złotych pięćdziesiąt pięć groszy) na podstawie faktury vat 4476/HA1JO z 14.03.2019r. za nocleg kwota brutto 255,55 zł oraz koszty dojazdu wg dwóch biletów z dnia 13.03.2019r. i 14.03.2019r. w każdym z nich po kwocie brutto 159 zł, łącznie 318 zł.

Przewodniczący: