Sygn. akt: KIO 359/17

WYROK
z dnia 13 marca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Andrzej Niwicki

Anna Packo

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lutego 2017 r. przez Wykonawcę **M.-B. M.E.,M.K. Spółka Jawna** z siedzibą w L., (...) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **G.S.,** U.M.i G.S., (...)

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Wykonawcę M.-B. M.E.,M.K. S.j. z siedzibą w L. i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę M.-B. M.E.,M.K. Sp. j. z siedzibą w L., tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Wykonawcy M.-B. M.E.,M.K. S.j. z siedzibą w L. na rzecz Zamawiającego – G.S. kwotę **3.600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. 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: ……

Członkowie: ……

……

Sygn. Akt: KIO 359/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – G.S. w trybie przetargu nieograniczonego na *dowóz uczniów niepełnosprawnych z terenu miasta i G.S. do szkół specjalnych na terenie miasta S. i K. wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu* (nr sprawy (...)), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 grudnia 2016 r., (...), Wykonawca M.-B. M.E.,M.K. Sp. j. z siedzibą w L. (dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 24 lutego 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 359/17).

Przedmiotem zarzutów objęto czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, a także zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: I.J.O. i D.D.O. (Konsorcjum I.). Wskazanym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzuca się:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. naruszenie art. 22a ust. 1 Ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący może w

celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach zawodowych podmiotów działających jedynie jako podwykonawcy Odwołującego, podczas gdy potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego jest niezależne od charakteru stosunku prawnego łączącego go z podmiotami, na których zdolnościach zawodowych Odwołujący polega, a w szczególności nie wymaga korzystania z podwykonawstwa;
3. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp poprzez jego zastosowanie w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, do którego przepis ten nie ma zastosowania;
4. naruszenie art. 24aa w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy – Konsorcjum I., podczas gdy zawiera ona błędy w obliczeniu ceny, tj. błędną stawkę VAT;
5. naruszenie art. 7 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 25 ust. 1 Ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia przez Konsorcjum I. jednolitych europejskich dokumentów zamówienia (JEDZ) dla podmiotów, na zasoby których ten wykonawca się powołuje w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, tj. Z.M., M.L., J.S..

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,

nakazanie dokonania ponownego badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań Odwołujący powołuje się na I. w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Ustawy Pzp, gdyż złożona przez niego oferta jest jedną z dwóch złożonych w przedmiotowym postępowaniu ofert, co oznacza, że wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty w sposób bezpośredni pozbawia go możliwości uzyskania tego zamówienia, czego konsekwencją jest poniesienie określonej szkody z tym związanej.

Zamawiający poinformował Odwołującego o zakończonej ocenie jego oferty i decyzji o wykluczeniu z postępowaniu w dniu 15.02.2017 r. pocztą elektroniczną. Zamawiający uznał, iż wykonawca nie wykazał spełniani warunków udziału w postępowaniu, zaś odrzucenie jego oferty stanowiło konsekwencję wykluczenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał, że dokumenty przedłożone w dniu 20.01.2017 r., tj. zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, nie potwierdzają realnego udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez wskazane podmioty i nie zawierają zobowiązania tych podmiotów do faktycznego udziału w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawców, skutkiem czego nie potwierdzają spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu.

Zdaniem Zamawiającego podmiot udostępniający zdolność zawodową powinien być podwykonawcą Odwołującego – podmiotem realizującym samodzielnie dającą się wyróżnić część zamówienia.

Odwołujący zakwestionował zasadność decyzji Zamawiającego wynikającej z błędnego przyjęcia, iż koniecznym było zapewnienie podwykonawstwa podmiotu udostępniającego potencjał wykonawcy. Odwołujący nie zamierzał powierzać podwykonawstwa żadnej z części zamówienia, a jedynie polegał na zdolnościach technicznych i zawodowych (dawniej określanych w nomenklaturze jako: wiedza i doświadczenie) podmiotów: F.H.U. M.S., E.M.Ć., P.H.U. M.K.M.. Do oferty przedłożył zobowiązania tych podmiotów, a także dokumenty potwierdzające należyte wykonanie usług przez te podmioty. Możliwość powołania się na potencjał podmiotów trzecich na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu została dopuszczona wprost w art. 22a ust. 1 Ustawy Pzp: *Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienia będzie dysponował*

niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Ustawodawca nie określając przy tym, aby wykorzystanie potencjału podmiotu trzeciego miało odbywać się w charakterze podwykonawstwa, umożliwia szersze wykorzystanie zasobów w toku realizacji zamówienia, np. przez doradztwo. Zamawiający nie miał zatem podstaw do narzucania wykonawcy, aby korzystanie z zasobów wymagało podwykonawstwa i wykluczenia z postępowania Odwołującego z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przedłożone dokumenty potwierdzają, że podmioty te dysponują osobami, które wykonały tego rodzaju zamówienie, a więc posiadają wiedzę i doświadczenie w tym zakresie, które mogą udostępniać Odwołującemu podczas realizacji usługi (w szczególności w formie doradztwa i bieżących konsultacji). Zamawiający nie miał podstaw oczekiwać od wykonawcy, kierując żądanie o uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, przedłożenia dokumentu potwierdzającego udział podmiotów trzecich w niniejszym postępowaniu w charakterze podwykonawców. Wezwanie to wprowadzało Odwołującego w błąd i nie pozwalało odkodować rzeczywistych intencji Zamawiającego, tj. czy żąda dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, czy też żąda konkretnego dokumentu, który nie jest wymagany w niniejszym postępowaniu. Realność udostępnienia zasobów musi podlegać ocenie nie tylko przez prymat formy udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, ale także przedmiotu świadczenia wykonawcy. W ocenie Odwołującego, przy świadczeniu usługi dowozu uczniów niepełnosprawnych wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu do palcówek oświatowo-wychowawczych z wykorzystaniem własnego zasobu technicznego oraz osobowego (którego wykazanie było wymagane zgodnie z pkt 5.3.3. i 6.1 siwz), nie wymaga udziału podmiotów współpracujących w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Czynności związane ze świadczeniem usługi mają charakter powtarzalny o typowym charakterze. Odwołujący zatrudnia 16 pracowników, którzy mogą realizować zadanie. Samodzielnie zapewni opiekę osoby posiadającej przeszkolenie w zakresie udzielenia pierwszej pomocy medycznej. Zamawiający błędnie odwołał się do podstawy odrzucenia opisanej w art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy Pzp, mającego zastosowanie jedynie do postępowań prowadzonych trybach wielostopniowych.
Odnośnie zarzutów skierowanych wobec oceny oferty Konsorcjum I. Odwołujący wskazał na obowiązek zbadania w pierwszej kolejności ofert pod katem ewentualnych podstaw do odrzucenia ofert oraz kryteriów oceny ofert opisanych w siwz (co zostało przewidziane w siwz – pkt 2.2.), po którym nastąpić powinna ocena podmiotowa wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, co obejmuje badanie oświadczenia wstępnego i dokumentów do których złożenia wykonawca ten powinien być wezwany. Zamawiający będąc zobowiązanym

do oceny oferty Konsorcjum I. nie stwierdził podstawy do jej odrzucenia, a w ocenie Odwołującego, cena została obliczona przy nieprawidłowej stawce podatku VAT, co stanowi o błędzie w obliczeniu ceny. Nieprawidłowym było zastosowanie zryczałtowanej stawki VAT – 4%, która może być zastosowana jedynie do świadczenia usług taksówek osobowych, z wyłączeniem wynajmu samochodów osobowych z kierowcą – PKWIU 49.32.11.0 (zgodnie z art. 146a pkt 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług). Usługi będące przedmiotem zamówienia polegają na dowozie uczniów niepełnosprawnych do określonych placówek wraz z zapewnieniem opieki w czasie przejazdu, a nie dotyczą zapewnienia usług taksówek osobowych. Przewóz taksówką podlega specyficznym regulacjom dotyczącym np. taksometru, oznakowania pojazdu, przepisów porządkowych, zaś czynności jakie będzie realizował wykonawca nie polegają na usługa świadczonych taksówką osobową. Ponadto, Konsorcjum I. nie przedstawiło oświadczeń złożonych na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia przez podmioty, na których zasoby się powołał (Z.M., J.S., M.L.), a Zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, co prowadzi do wniosku o przeprowadzeniu postępowania w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Na marginesie zauważył, iż w wyniku wezwania z dnia 15.02.2017 r. Konsorcjum I. przedłożyło nowy wykaz środków transportu, za pomocą których ma realizować usługę, w 50% przy stawce 4% oraz 50% według stawki VAT 80%. W rzeczywistości oznacz to, że przedmiotowe zamówienie zostanie wykonanego w 50% za pomocą taksówek osobowych, na potwierdzenie czego wskazał licencję na dwie taksówki (taksówki wskazane w licencji nie są ujęte w wykazie środków transportu), przy czym

minimalne ilość taksówek osobowych musiałaby wynosić około 8. Trudno więc uznać, aby techniczne możliwym było wykonanie tej usługi dwoma taksówkami.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą".

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego l. w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ niniejszym odwołaniem objęto między innymi czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie budzi wątpliwości, iż wykonawca ten posiada l. w uzyskaniu zamówienia, do którego ochrony służy odwołanie na czynności Zamawiającego. Decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania

wywołuje definitywny skutek dla bytu oferty Odwołującego, czyniący niemożliwym jej wybór i samo uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), złożonych ofert oraz stanowisk prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający w siwz (pkt 2.2.) wskazał, iż zastosuje, tzw. „procedurę odwróconą", o której mowa w art. 24aa ust. 1 Ustawy, tj. najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający określając w pkt 5 siwz warunki udziału w postępowaniu wskazał między innymi na możliwość polegania na zasobach innych podmiotów, w celu potwierdzenia spełnienia wymagań, jednocześnie zastrzegając dla siebie prawo do oceny, *czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz zbada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1) ustawy Pzp. (pkt 5.3.6). Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu, o którym mowa w pkt 5.3.4 SIWZ nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia zamawiający* żąda, *aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe, o których mowa w pkt 5.3.3. SIWZ (pkt 5.3.7). W celu oceny, czy wykonawca polegający na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonania zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający* żąda *dokumentów, które określają w szczególności: zakres dostępnych zasobów innego podmiotu; sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia publicznego;* ***zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą*** *(pkt 5.3.8 siwz).* W pkt 7 siwz Zamawiający opisał zasady składania oświadczeń i dokumentów oraz wyboru oferty, wskazując m.in. w pkt 7.3, iż *Wykonawca, który powołuje*

się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów.

Zamawiający żądał wskazania części zamówienia, których wykonanie wykonawca zamierza

powierzyć podwykonawcom (pkt 7.5 siwz). Do oferty należało załączyć oświadczenie wykonawcy, a w przypadku korzystania z potencjału podmiotów trzecich, również tych podmiotów, złożone na formularzu JEDZ. W pkt 11.17 siwz Zamawiający określił zawartość oferty wskazując na dokumenty, jakie należało złożyć, tj.: wypełniony formularz *Oferta,* aktualny dokument potwierdzający uprawnienie do podpisania oferty, ewentualnie pełnomocnictwo do podpisania oferty, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ). Zamawiający wskazał w pkt 17.11.2, iż *w celu dokonania wstępnej oceny ofert, zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp, do oferty należy dołączyć: wykaz* środków *transportu, przeznaczonych do realizacji zamówienia, zgodnie z treścią Załącznika nr 6 do SIWZ (pkt 1), wykaz osób – opiekunów, które będą brały udział w realizacji zamówienia, zgodnie z treścią Załącznika nr 8 do SIWZ (pkt 2).*
W postępowaniu złożone zostały dwie oferty. Oferta Odwołującego była tańsza o ok. 400 tyś zł. Odwołujący zaoferował cenę brutto 1.611.187,20 zł, przy stawce podatku VAT 8%. Konsorcjum I. zaoferowało cenę 2.011.986 zł brutto przyjmując dwie stawki podatku VAT, tj. 8% i 4 %, doliczone do kwoty netto.
Odwołujący w ofercie złączył wypełnione załączniki: nr 1 – formularz *oferta,* nr 5- o braku przynależności do grupy kapitałowej, nr 6 – *wykaz* środków *transportu,* a także oświadczenie podmiotu trzeciego M.-B. B. s.c wraz z wypełnionym przez ten podmiot dokumentem JEDZ i dokumentami dotyczącymi tego podmiotu (zaświadczenie o wpisie w CEIDG, KRK), załącznik nr 8 – wykaz opiekunów, oświadczenie własne na formularzu JEDZ wraz z kompletem dokumentów. W załączniku nr 7 – *wykaz wykonanych usług,* Odwołujący powołał się na doświadczenie trzech innych podmiotów przedstawiając Zamawiającemu również dokumenty - listy referencyjne, KRK JEDZ, oraz zobowiązania tych podmiotów do udostępnienia wiedzy i doświadczenia. W JEDZ własnym Odwołujący w części IV kryteria kwalifikacji, zdolność techniczna i zawodowa (lit. C) określił udział procentowy podwykonawców w wykonaniu części prac na „[0%]".
Zamawiający do momentu wniesienia odwołania dokonał czynności wezwania obu wykonawców do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 i 3 Ustawy (pkt 13 protokołu – ZP). W stosunku do Odwołującego dwukrotnie kierował wezwania o przedłożenie dokumentów mających potwierdzać, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 19 stycznia 2017 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 1 Ustawy Odwołującego do przedłożenia aktualnych na dzień ich złożenia dokumentów: odpisu z

rejestru/CEIDG; informacji z KRK, licencji, wykazu usług, wykazu środków transportu. Następnie po otrzymaniu kompletu dokumentów (wcześniej już złożonych w ofercie), pismem z dnia 23 stycznia 2017 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. W wezwaniu tym wskazał, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej (doświadczenia), gdyż przedłożone dokumenty nie potwierdzały realnego udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez wskazane podmioty i nie zawierają zobowiązania tych podmiotów do faktycznego udziału w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy, zgodnie z art. 22a ust. 4 Ustawy. Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów, które potwierdzałyby, że podmioty na zdolnościach których wykonawca polega zrealizują usługi. W odpowiedzi na drugie wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 30 stycznia 2017 r. przedstawił własną ocenę stanu faktycznego oraz prawnego, jaki wynika z obowiązujących przepisów Ustawy w zakresie dotyczącym polegania na zasobach podmiotu trzeciego, formułując wniosek końcowy, iż *udostępnienie zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia, w opisanych w treści zobowiązania formach (doradztwo, konsultacji), chociażby w zakresie przykładowo wskazanym przez Wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie, jednoznacznie potwierdza realność zobowiązania podmiotu trzeciego do faktycznego udziału w wykonaniu zamówienia (…) Z treści oferty Wykonawcy w* żaden *sposób nie wynika, że podmioty które udostępniają Wykonawcy zasoby, są podwykonawcami w rozumieniu ustawy pzp i muszą nimi być, co też zostało odpowiednio zaznaczone na formularzu ofertowym.* Dodatkowo wskazał, iż z przepisu art. 22a ust. 4 Ustawy nie wynika, jakoby faktyczny udział w wykonaniu zamówienia był możliwy jedynie na zasadzie podwykonawstwa. Z ostrożności przedłożył ponownie Zamawiającemu zobowiązania już wcześniej złożone w ofercie i w odpowiedzi na pierwsze wezwanie. Konsorcjum I. było wzywane pismem z dnia 15 lutego 2017 r. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy do przedłożenia aktualnych na dzień ich złożenia dokumentów: odpisu z

rejestru/CEIDG, informacji z KRK, licencji, wykazu usług, wykazu środków transportu.
Następnie, pismem z dnia 24 lutego 2017 r. zostało wezwane w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów: JEDZ wykonawcy oraz oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej.
Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż najwyżej ocenił ofertę Odwołującego i wezwał tego wykonawcę w dniu 19.01.2017 r. do złożenia dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu pomimo, iż zostały złożone już w ofercie, gdyż stosując procedurę odwróconą traktował je tak jakby nie były jeszcze złożone zgodnie z siwz. Ponowne wezwanie z 23.01.2017 r. miało na celu uzyskanie od wykonawcy dokumentów, które potwierdzałyby spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż

przedłożone dokumenty nie pozwalały uznać, iż podmiot trzeci udostępniający doświadczenie wykona w Odwołujący w zamówienie charakterze podwykonawcy.
odpowiedzi na to wezwanie wyjaśniła przyczyny dla których uznaje, iż Zamawiający nie ma podstaw do żądania potwierdzenia, aby podmioty trzecie uczestniczyły w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców i przedłożył jeszcze raz ich zobowiązania znane już Zamawiającemu z wcześniejszych dokumentów. Podtrzymując swoje stanowisko z odwołania na rozprawie ponownie wskazał, iż będzie realizował zamówienie swoimi siłami, gdyż dysponuje zapleczem technicznym w całości, a także kadrą pracowników, którzy mieliby tą usługę świadczyć.
Zamawiający pismem z dnia 15 lutego 2017 r. wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy wskazując, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu. Złożone na wezwanie dokumenty dotyczące udostępnienia zasobów podmiotów trzecich (zobowiązania) nie potwierdziły realnego udostepnienia wiedzy i doświadczenia i nie zawierają zobowiązania tych podmiotów do faktycznego udziału w wykonywaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy. Zamawiający, w świetle art. 22a ust. 4 Ustawy uznał, iż podmiot trzeci powinien być faktycznym podwykonawcą zamówienia na usługę, dla realizacji której udostępnia wykonawcy swoje zasoby. Nie wystarczyło zatem przedstawienie samych referencji potwierdzających doświadczenie podmiotu trzeciego, czy też wskazanie w zobowiązaniu na formę udostepnienia zasobu – doradztwa, konsultacji, gdyż konieczna jest realizacja danej usługi, tj. realizacja jako podwykonawcy (jeżeli do realizacji usługi wymagane są zdolności, tj. udostępniane doświadczenie).
Po wniesieniu odwołania Zamawiający nie podejmował żadnych czynności w postępowaniu i wstrzymał się od dalszych decyzji do czasu wydania rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie niniejszego odwołania.
Uwzględniając powyższe Izba zważyła.
Odwołanie podlega oddaleniu w całości.
Zasadniczo zarzuty kierowane wobec czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania dotykają zagadnienia prawnego na tle znowelizowanych przepisów Ustawy, tj. oceny możliwości skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego, który na potrzeby wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zobowiązał się do udostepnienia wiedzy i doświadczenia w formie doradztwa, przy braku jego udziału w realizacji usługi w charakterze podwykonawcy jakiejś części. Sporną w sprawie nie była natomiast ocena, czy doświadczenie podmiotu trzeciego spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający uznał bowiem wykluczając Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, iż z treści dokumentów, w tym zobowiązań podmiotów, które udostępniły swoje

zasoby (doświadczenie w realizacji usług) nie wynika, aby podmioty te miały brać udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawców. Dalsze zarzuty skierowane zostały wobec oceny oferty Konsorcjum I., która zdaniem Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy z uwagi na błędną stawkę podatku VAT przyjętą do kalkulacji ceny ofertowej. Dodatkowo Odwołujący zwrócił uwagę na braki w ofercie formularzy JEDZ dla podmiotów udostępniających potencjał temu wykonawcy, do których uzupełnienia nie był wezwany.
Odnosząc się do podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania wynikającej z normy

określonej w art. 24 ust.1 pkt 12 Ustawy należy wskazać, iż znajduje ona zastosowanie w sytuacji, w której wykonawca 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. Aby mieć cały obraz sytuacji, w której zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania należy także wskazać na wcześniejsze przepisy regulujące sposób potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W szczególności istotnym w sprawie jest przywołanie treści art. 22a Ustawy, w którym określono, iż *Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależenie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (ust.1). 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 (ust.2). Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 (ust. 3). W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (ust. 4).*
Tytułem wprowadzenia do dalszych ustaleń wymaga zauważenia, iż badanie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania może odbywać się na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze oceny tej dokonuje się w kontekście spełnienia wymagań ustalonych dla tego konkretnego zamówienia, tj. przykładowo – czy doświadczenie, jakie zostało zamawiającemu wykazane jest odpowiednie pod kątem ustalonego warunku udziału w postępowaniu.

Dodatkowo koniecznym może być sprawdzenie, w sytuacji korzystania z potencjału innego podmiotu, czy zasoby udostępnione wykonawcy aby mogły być przez zamawiającego uwzględnione, będą rzeczywiście wykorzystane przy realizacji zamówienia. Czym innym jest zatem sama ocena potencjału, czy to własnego wykonawcy, czy też udostępnionego mu w trybie art. 22a Ustawy, prowadzona w oparciu o zapisy siwz i ustalone tam kryteria weryfikacji podmiotowej wykonawców. Innym natomiast badaniem, jest ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy, na potrzeby realizacji zamówienia, rzeczywiście będzie mógł być wykorzystany. Odnosząc się do wskazanego powyżej przypadku - doświadczenia, wymagało ono wykazania zamawiającemu, np. w formie zobowiązania podmiotu trzeciego, iż ten będzie realizował roboty budowlane lub usługi, do których jego zdolności są wymagane. Nie można zatem zrównywać obu wymienionych powyżej zakresów czynności zamawiającego do jednej tezy, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia jest samo przedłożenie zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zdolności. Nie można bowiem pomijać, iż potencjał podmiotu trzeciego, dopuszczony do wykorzystania w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma znaczenia dla dalszych czynności związanych z realizacją zamówienia. Ustawodawca obecnie wyraźnie wskazuje na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał podmiotu trzeciego dotyczący, tak jak w niniejszej sprawie, doświadczenia koniecznego do uznania, iż wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane. Odwołujący sprowadzał natomiast istotę zarzutu do wskazania, iż zamawiający nie mógł wymagać udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Odnosząc się do tak postawionego ciężaru zarzutu Izba uznała, iż stanowisko Odwołującego nie było prawidłowe. Nie miało bowiem znaczenia ustalenie, czy forma podwykonawstwa jest jedyną możliwą formą udziału w realizacji usługi przez podmiot trzeci, ale stwierdzenie, czy Odwołujący wykazał Zamawiającemu, iż będzie dysponował zdolnościami podmiotu trzeciego na etapie realizacji zamówienia. W ocenie Izby, do takiego stwierdzenia nie uprawniały, ani przedłożone zobowiązania podmiotów trzecich, ani wyjaśnienia samego Odwołującego

składane w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i konsekwentnie podtrzymane przed Izbą. Przede wszystkim Izba uwzględniła oświadczenie Odwołującego, iż zamierzał on od początku wykonać zamówienie własnymi siłami, z wykorzystaniem własnego zaplecza technicznego i pracowników, którzy mieliby wykonywać usługę. Odwołujący przyznał, iż nie ma potrzeby do korzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego, gdyż wiedzę na temat jak wykonywać usługę, w szczególności w jaki sposób udzielić pierwszej pomocy posiadają przeszkoleni pracownicy, a czynności jakie związane są z samą usługą, mają charakter powtarzalny. Odwołujący wyjaśniał, iż jego własne doświadczenie nie było wystarczające do

wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu i dlatego wystąpił do innych podmiotów o udostępnienie mu ich potencjału (wykonanych usług). Treść zobowiązań, jak i jednoznaczne stanowisko Odwołującego wskazywały, iż faktycznie udostępnienie potencjału przez podmioty trzecie miało na celu jedynie wykazanie spełnienia warunku, już bez dalszego realnego udziału tych podmiotów w wykonaniu usługi. Kwestią wtórną w ocenie Izby, było ustalenie, czy koniecznym było formalne podwykonawstwo podmiotu trzeciego, który brałby odpowiedzialność za rezultaty świadczonej przez niego usługi, czy też spełniającym wymóg udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu usługi byłoby, np. zaangażowanie personelu tego podmiotu bezpośrednio przez wykonawcę przy realizacji przedmiotowej usługi. W niniejszej sprawie Odwołujący wprost oświadczył, iż zamierza wykonać zamówienie własnymi siłami, z wykorzystaniem zaplecza technicznego jakie posiada oraz własnej kadry pracowniczej, a udział podmiotów trzecich w świadczeniu usługi określił jako zbędny. W ocenie Izby, stanowisko to wprost wskazuje na przyznanie braku korzystania z doświadczenia podmiotu trzeciego przy realizacji usługi, co w aktualnym stanie prawnym stało w sprzeczności z obowiązkiem wykazania przed zamawiającym realnego zaangażowania podmiotu w wykonanie części prac. Nie można pomijać celu, w jakim zamawiający żąda doświadczenia pozwalającego przyjąć, iż wykonawca posiada odpowiednią praktykę do tego aby należycie wykonać usługę. Nie jest wystarczającym samo wykazanie, iż zaplecze jakim dysponuje, czy też zasoby osobowe, pozwalają na wykonanie usługi, co stanowi samoistną podstawę weryfikacji podmiotowej wykonawców w ramach zdolności technicznej. Skoro Zamawiający wymagał doświadczenia ustalonego pod potrzeby konkretnego zamówienia i wymagań jakie ono stawia przed mającym je zrealizować podmiotem, to aby spełnić warunek przy braku własnego doświadczenia, wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie może być zweryfikowany jako dający rękojmię należytej realizacji usługi. Taka formalna tylko weryfikacja udostępnienia potencjału, bez sprawdzenia, czy podmiot trzeci będzie realizował zamówienie, prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców i stwarzania obszaru do nadużyć.
Powyższe wskazuje zatem na bezpodstawność stawianych Zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 22a. ust. 1 Ustawy.
Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum I. Izba mając na uwadze etap czynności, jakie dotychczas miały miejsce w postępowaniu uznała, iż był on przedwczesny, gdyż Zamawiający nie zakończył oceny tej oferty. Ponieważ w postępowaniu Zamawiający zastosował „procedurę odwróconą”, o której mowa w art. 24aa ust. 1 Ustawy, oznaczało to, iż najpierw dokonywał oceny ofert, a następnie badał, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki

udziału w postępowaniu. Czynność oceny ofert należy oddzielić od badania, które może być prowadzone pod różnym kątem, a jego efektem zasadniczo jest stwierdzenie, czy oferta nie podlega odrzuceniu, co znajduje wyraz w oddzielnej czynności, tj. odrzuceniu oferty. Czynność oceny ofert sprowadza się natomiast do ich oceny pod kątem ustalonych kryteriów oceny, na co wskazuje określenie „oferta najwyżej oceniona”. Przy procedurze odwróconej, która z założenia miała służyć usprawnieniu postępowania, poprzez ograniczenie czynności sprawdzających do oferty, która ma największe szanse na wybór, wstępna ocena ofert ma jedynie prowadzić do wskazania oferty, którą następnie zamawiający szczegółowo analizuje z uwzględnieniem weryfikacji podmiotowej danego wykonawcy. Efektem procedur odwróconej jest wskazanie oferty najkorzystniejszej bez konieczności podejmowania

czynności wobec pozostałych ofert, chyba że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej zostanie skutecznie podważona. Wówczas bowiem zamawiający przystępuje do weryfikacji kolejnej oferty, wstępnie najwyżej ocenionej. W ocenie Izby, czynności podejmowane w postępowaniu wskazują, iż Zamawiający zakończył ocenę jedynie oferty Odwołującego, co znalazło wyraz w informacji o wykluczeniu tego wykonawcy z postępowaniu. Pierwsze wezwanie Konsorcjum I. do złożenia dokumentów nastąpiło dopiero w momencie podjęcia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Nie można jednak obecnie stwierdzić, w jakim kierunku będą zmierzały dalsze czynności Zamawiającego, tj. po ustaleniu, czy czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była prawidłowa. Przyjmując zatem koncepcję oceny ofert, jako czynności wstępnej w procedurze odwróconej zmierzającej do ustalenia rankingu ofert i wskazania oferty najwyżej ocenionej, należy przyjąć, iż wyniki oceny tej oferty nie przesądzają jeszcze o wynikach oceny innych ofert, do których może dojść jeżeli oferta najwyżej oceniona nie zostanie uznana za najkorzystniejszą. Konkludując, Izba uznała, iż czynności związane z badaniem oferty Konsorcjum I. nie zostały jeszcze zakończone, stąd zarzut zaniechania odrzucenia tej oferty należało uznać za przedwczesny. Podobnie Izba oceniała zaniechanie wezwania Konsorcjum I. do uzupełnienia JEDZ dla podmiotów, na których zasobach wykonawca ten polega. Nie można obecnie wykluczyć, iż Zamawiający uzna, że oferta ta podlegać powinna odrzuceniu w zw. art. 89 ust. 1 pkt 6 Ustawy, a wówczas nie byłoby podstaw do wzywania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy. Ponieważ czynności Zamawiającego nie zostały jeszcze ostatecznie zakończone, na co wskazują również zapisy w protokole postępowania, Izba nie zajęła stanowiska co do przyszłych czynności Zamawiającego, jakie mogą dopiero być podjęte w procedurze odwróconej.
W świetle powyższego odwołanie w całości podlegało oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy.

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 ust. 3 pkt 1 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 ze zm.). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis uiszczony przez Odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: ……..

Członkowie: ……..

……..