

## WYROK

z dnia 25 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

**Przewodniczący:** Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **Aebi S. Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (25-650)** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków Balice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balicach (32-083)** przy udziale wykonawcy **Integra Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gdyni (81-061)**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

### orzeka:

oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Aebi S. Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (25-650)** i:

- .zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Aebi S. Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (25-650)** tytułem wpisu od odwołania,
- .zasądza od wykonawcy **Aebi S. Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach (25-650)** na rzecz zamawiającego **Międzynarodowego Portu Lotniczego im. Jana Pawła II Kraków Balice Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Balicach (32-083)** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust.1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U z 2019 r. poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na *Zakup i dostawę fabrycznie nowej zamiatarki lotniskowej do oczyszczania nawierzchni utwardzonych w 2021 roku* przez Międzynarodowy Port Lotniczy im. Jana Pawła II Kraków Balice Sp. z o.o., ul. kpt. M. Medveckiego 1 32-083 Balice (dalej „zamawiający”) wykonawca Aebi S. Polska Sp. z o.o., ul. Skrajna 80A, 25-650 Kielce (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec:

- wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Integra Group Sp. z o.o., ul. Hutnicza 20, 81-061 Gdynia (dalej „Integra” albo „przystępujący”),
- zaniechania wykluczenia wykonawcy Integra z postępowania mimo, iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznych i zawodowych, wobec niewykazania realności udostępnienia tych zasobów przez podmiot, na zasobach którego Integra polega, ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego

zaniechaniu wezwania wykonawcy Integra do wyjaśnienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego Faun Viatic GmbH, 04668 Grimma, Bahnhofstrafte 5, Niemcy (dalej „Faun”) mimo, iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznych i zawodowych, wobec niewykazania realności udostępnienia tych zasobów przez podmiot, na zasobach którego Integra polega.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”]:

- 1.art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7, poprzez zaniechanie wykluczenia Integra z postępowania mimo, iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznych i zawodowych, wobec niewykazania realności udostępnienia tych zasobów przez Faun, na zasobach którego Integra polega, ubiegając się o przedmiotowe zamówienie,

ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego

- 2.art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 oraz art. 7, poprzez zaniechanie wezwania Integra do wyjaśnienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego Faun mimo, iż wykonawca Integra nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznych i zawodowych, wobec niewykazania realności udostępnienia tych zasobów przez podmiot, na zasobach którego Integra polega.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Integra oraz przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, a w ramach tej czynności nakazanie zamawiającemu wykluczenia Integra z postępowania, ewentualnie, w razie nieuwzględnienia powyższego, wezwania Integra do wyjaśnienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego Faun w celu wykazania realności udostępnienia tych zasobów na potrzeby zamówienia.

Odwołujący podał, że przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowej zamiatarki lotniskowej do oczyszczania nawierzchni utwardzonych spełniającej wymogi opisane w Specyfikacji Technicznej Przedmiotu Zamówienia, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ.

Stwierdził, że w tego typu postępowaniach istotą jest dostarczenie pojazdu, który produkowany jest na bazie pojazdów standardowych (bazowych), które następnie są dostosowywane do konkretnej specyfikacji.

Odwołujący podał, że w wykonawca Integra w złożonej ofercie wskazał, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej spełni, na zasadzie art. 22a ust 1 ustawy Pzp, w oparciu o zasoby

podmiotu trzeciego tj. Faun – na str. 2 Formularza oferty oświadczył: *Producentem pojazdu jest firma FAUN Viatic GmbH. (...) Oświadczamy, że przedmiot zamówienia będzie wykonywany przy udziale podwykonawców: FAUN Viatic GmbH zgodnie z udostępnieniem potencjału.*

Dodatkowo podał, że w pkt 9 Formularza oferty wykonawca Integra oświadczył, że wybór oferty nie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, co – stwierdził odwołujący – oznacza, że pojazd dostarczy Integra, a nie Faun, tj. podmiot mający siedzibę w Niemczech, który gdyby dostarczał pojazd, fakt ten prowadziłby do powstania takiego obowiązku podatkowego.

W ocenie odwołującego powyższe rodzi podejrzenie co do realności udostępnionych przez Faun zasobów.

Odwołujący stanął na stanowisku, że z treści zobowiązania Faun nie wynika jego zakres – poza ogólnych wskazaniem, że dotyczy ono „wiedzy i doświadczenia” nie wynika żadna szczegółowa informacja, która precyzowałaby, jakie dokładnie zasoby są udostępniane wykonawcy Integra przez Faun.

Zdaniem odwołującego brak informacji w zobowiązaniu odnośnie do części (zakresu) zamówienia, jakie wykonać ma Faun uniemożliwia zamawiającemu ocenę, czy Faun istotnie wykona wszystkie te elementy przedmiotu zamówienia, do realizacji których wiedza i doświadczenie opisane warunkiem udziału w postępowaniu są wymagane.

Uznał, że brak możliwości dokonania przez zamawiającego takiej oceny, wyklucza możliwość przyjęcia, że wykonawca Integra w sposób prawidłowy wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Skoro Faun ma – wywodził odwołujący – w świetle złożonego przez siebie zobowiązania, wykonywać tylko „doradztwo, konsultacje, szkolenia, kontrolę i inne temu podobne”, to nie są to elementy składające się na zamówienie, co oznacza, że wykonawca Integra nie będzie wykorzystywał kwalifikacji i doświadczenia Faun i jego personelu przy realizacji zamówienia, do czego wykonawca Integra, samodzielnie, nie ma niezbędnego doświadczenia. Uzupełnił, że z treści zobowiązania Faun nie można domniemywać, że zobowiązuje się on dostarczyć zamawiającemu zamiatarkę, a przecież to właśnie dostawa zamiatarki jest przedmiotem zamówienia i właśnie tego dotyczył wymóg doświadczenia wykonawcy, który był warunkiem koniecznym do wzięcia udziału w postępowaniu.

Odwołujący powołał się na wyrok z dnia 28 marca 2017 r., sygn. akt KIO 487/17: „dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy potwierdzały, że podmiot udostępniający potencjał spełnia warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej (wymagane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego i zostały należycie wykonane), jednak Wykonawca nie wykazał, aby miał realny dostęp do potencjału tego podmiotu w trakcie realizacji umowy. Oznacza to zatem, iż pomimo wykazania potencjału spełniającego wymagania do ubiegania się o zamówienie, nie może być on zaliczony na poczet oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Brak bowiem wykazania, iż potencjał podmiotu trzeciego będzie rzeczywiście wpływał na realizację zamówienia przez podmiot, który samodzielnie nie posiada koniecznego do wykonania zamówienia zaplecza (tu doświadczenia) oznacza, iż nie może być on uwzględniony na poczet oceny doświadczenia Wykonawcy. Możliwość skorzystania z potencjału innego podmiotu nie oznacza jedynie formalnego powołania się na zasoby, ale taki sposób ich wykorzystania, który faktycznie powoduje realne ich zaangażowanie przy realizacji zamówienia. W taki właśnie celu Zamawiający wprowadził zapisy dotyczące rzeczywistego wykazania dostępu do zasobów podmiotów trzecich. Przeciwieństwem jest zatem samo powołanie się na zasoby jedynie w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez faktycznego założenia i wykazania ich wykorzystania na etapie realizacji zamówienia. Taka sytuacja prowadzić powinna do negatywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

Zdaniem odwołującego posługiwanie się przez Faun ogólnikowymi hasłami odnoszącymi się do doradztwa, szkoleń czy konsultacji nie jest wystarczające dla potwierdzenia realności udostępnionych zasobów i nie odpowiada na pytanie: w jaki sposób potencjał Faun będzie rzeczywiście wpływał na realizację przedmiotu umowy?, czego dotyczyć mają szkolenia, doradztwa i konsultacje w postępowaniu, którego przedmiotem jest dostawa pojazdu i w jaki sposób wpłyną one na realizację zamówienia przez podmiot, który samodzielnie nie posiada wymaganego doświadczenia, czyli w okresie ostatnich trzech lat nie dostarczył wymaganej przez zamawiającego zamiatarki lotniskowej, tj. wykonawcę Integra?

Odwołujący uznał, że zobowiązanie Faun ma charakter jedynie pozorny i zostało przedstawione wyłącznie na potrzeby formalnego wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Powołał się na wyrok z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt KIO 2245/17: „Użyte w art. 22a ust. 4 p.z.p. sformułowanie „podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi” jest pojęciem węższym od udziału tych podmiotów w realizacji zamówienia. Udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc. Natomiast wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą. Wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 22a p.z.p., musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Wykonawca winien dowodzić wszelkich okoliczności świadczących nie tylko o tym, iż sam fakt udostępnienia zasobów formalnie miał miejsce, ale także okoliczności pozwalających stwierdzić, iż udostępnienie to jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełnienia danych warunków udziału w postępowaniu, a więc czy w ten sposób zwiększa szansę wyłonienia wiarygodnego wykonawcy dającego podwyższoną rękojmię prawidłowego wykonania zamówienia. Dyspozycja art. 22a ust. 4 p.z.p. wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony”.

Powołał się także na wyrok z dnia 3 września 2018 r. sygn. akt KIO 1643/18: „W świetle powyższego wskazać należy, iż obowiązkiem Konsorcjum C., który powoływał się na potencjał podmiotu trzeciego - S. S.A. w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale Vpkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SJWZ, było jednoznaczne i niebudzące wątpliwości wykazanie, iż ww. podmiot trzeci zrealizuje zamówienie w takim zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie (...). Tylko bowiem wówczas można byłoby uznać, iż udostępnienie zasobów jest realne, wystarczające i adekwatne dla oceny spełnienia danych warunków udziału w postępowaniu, a nie miało jedynie wymiar czysto formalny. Ma to o tyle szczególne znaczenie, iż Przystępujący nie wykazywał się w toku postępowania własnym doświadczeniem, a jedynie doświadczeniem podmiotu trzeciego. Tym samym tylko realny i adekwatny udział S. S.A. w realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego mógłby zapewniać Zamawiającemu rękojmię jego należytego wykonania. W ocenie Izby analiza oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego w niniejszym

postępowaniu nie daje odpowiedzi na pytanie, czy S. S.A. zrealizuje przedmiotowe zamówienie w całym zakresie (...) skoro Zamawiający wymagał doświadczenia ustalonego pod potrzeby konkretnego zamówienia, to aby spełnić warunek udziału w postępowaniu w sytuacji braku własnego doświadczenia, wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego musiał udowodnić w sposób nie budzący wątpliwości, że podmiot trzeci zrealizuje przedmiot zamówienia w odpowiadającym treści warunku zakresie, ponieważ tylko wtedy może być zweryfikowany jako dający rękojmię należytej realizacji usługi. (...) Konkludując powyższe, w ocenie Izby Przystępującej nie udowodnił iż udzielony mu zakres zasobów był wystarczający i adekwatny dla oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. c tiret pierwsze SIWZ. Tym samym potwierdziły się stawiane przez Odwołującego w ww. zakresie zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 4 oraz art. 7 ustawy Pzp

Podniósł, że podmiot trzeci – Faun ma wiedzę i doświadczenie wymagane do realizacji zamówienia, lecz w świetle złożonych przez wykonawcę Integra dokumentów nie będzie wykonywał elementów zamówienia wymagających tego doświadczenia, co prowadzi do wniosku, że zobowiązanie Faun załączone do oferty jest „sztuczne”, tj. ma służyć wyłącznie formalnemu spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez Integra i nie gwarantuje realizacji przedmiotu zamówienia przez podmiot, który faktycznie dysponuje zasobami niezbędnymi do jego należytego wykonania.

W ocenie odwołującego za co najmniej zastanawiające należy uznać stwierdzenie, że to pracownicy Faun będą podwykonawcami wykonawcy Integra, a nie sam Faun, co tym bardziej podważa wiarygodność złożonego zobowiązania do oddania zasobów.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, udostępnionej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (pendrive) przy piśmie z dnia 13 stycznia 2021 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, „Pisma procesowego uczestnika postępowania odwoławczego” – pismo przystępującego z dnia 20 stycznia 2021 r., odpowiedzi zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 24 stycznia 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron (przystępujący, prawidłowo zawiadomiony o terminie posiedzenia nie stawiał się), zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy.

Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, bezpośrednio za oferta przystępującego, uznaną przez zamawiającego za najkorzystniejszą. Potwierdzenie się zarzutów odwołania mogłoby doprowadzić do wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu, dając szansę na uzyskanie zamówienia odwołującemu.

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego:

1.art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 1, 2 i 4 oraz art. 7 teź ustawy, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Integra z postępowania mimo, iż nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznych i zawodowych, wobec niewykazania realności udostępnienia tych zasobów przez Faun, na zasobach którego Integra polega, ubiegając się o przedmiotowe zamówienie,

2.art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 oraz art. 7 teź ustawy, poprzez zaniechanie wezwania Integra do wyjaśnienia lub uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego Faun mimo, iż wykonawca Integra nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania zdolności technicznych i zawodowych, wobec niewykazania realności udostępnienia tych zasobów przez podmiot, na zasobach którego Integra polega

nie potwierdziły się.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania odniósł się łącznie do obu zarzutów. W taki sam sposób odniesie się do nich skład orzekający Izby.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest dostawa fabrycznie nowej zamiatarki lotniskowej do oczyszczania nawierzchni utwardzonych, dla której szczegółowe wymogi zamawiający opisał w załączniku nr 1 do SIWZ (rozdział III pkt 1 SIWZ).

Zgodnie z rozdziałem V pkt 3.3. SIWZ *Wykonawca musi posiadać zdolność techniczną lub zawodową niezbędną do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności musi wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał dostawę co najmniej jednej zamiatarki lotniskowej.*

Zgodnie z rozdziałem V pkt 6.2. *„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 – dokument ten (np. zobowiązanie) należy dołączyć do oferty, pkt. 6.3.: „Z dokumentu (np. zobowiązania), o którym mowa w pkt 6.2 musi wynikać w szczególności: - zakres dostępnych Wykonawcy 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 wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą, pkt. 6.4.: „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 SIWZ w rozdziale V SIWZ zamawiający ujął także pkt. 6.5. *„W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.”*

17 sierpnia 2020 r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej informację, iż *„pkt 6.5 Rozdziału V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia nie ma zastosowania w przedmiotowym postępowaniu i jest oczywistą omyłką pisarską.”*

Opracowany przez zamawiającego wzór formularza oferty, stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ przewidywał złożenie przez wykonawcę oświadczenia co do tego, kto (jaka firma) jest producentem pojazdu, czy przedmiot zamówienia będzie wykonywany przy udziale, czy bez udziału podwykonawców, a także co do tego, czy wybór oferty danego wykonawcy będzie, czy nie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego.

Termin składania ofert, zgodnie z prowadzonym przez zamawiającego protokołem postępowania, upłynął 20

sierpnia 2020 r. o godz. 11<sup>00</sup>.

Wykonawca Integra w ofercie (korzystając z opracowanego przez zamawiającego wzoru formularza oferty) oświadczył, że:

- producentem pojazdu jest firma Faun Viatic GmbH,
- przedmiot zamówienia będzie wykonywany przy udziale podwykonawców, tj. Faun Viatic GmbH zgodnie z udostępnieniem potencjału,
- wybór oferty nie będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego.

Złożył także zobowiązanie podmiotu Faun Viatic GmbH, 04668 Grimma, Bahnhofstraße 5 jako oddającego do dyspozycji Integra zasób wiedzy i doświadczenia na czas realizacji przedmiotu zamówienia, w którym wskazano na następujące formy korzystania z zasobów: „doradztwo, konsultacja, szkolenia, kontrola i inne temu podobne formy. Pracownicy naszej firmy zostaną oddelegowani do dyspozycji wykonawcy, celem sprawowania nadzoru nad realizacją zamówienia. Zagwarantowany zostanie dostęp do zasobów innego podmiotu przez cały czas realizacji zamówienia, bez żadnych ograniczeń. Udział naszych pracowników będzie miał charakter podwykonawstwa.”

W zobowiązaniu podano także: „Stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasób: umowa cywilno – prawna”

Pismem z dnia 26 listopada 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę Integra, z powołaniem się na przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu, załączając do uzupełnienia przez wykonawcę wzór wykazu dostaw.

7 grudnia 2020 r. wykonawca Integra, korzystając z wzoru zamawiającego, złożył wykaz dostaw, ujmujący 1 dostawę zrealizowaną przez Faun Viatic GmbH, Bahnhofstraße 5, 04668 Grimma, Niemcy na rzecz Portu Lotniczego Stuttgart GmbH Flughafenstraße 32,70629 Stuttgart, Niemcy wraz z dokumentem potwierdzającym jej należyte wykonanie, tj. certyfikatem satysfakcji klienta.

Pismem z dnia 15 grudnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców, że w postępowaniu jako najkorzystniejszą wybrano ofertę złożoną przez wykonawcę Integra.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Odwolujący nie kwestionował, że Faun, tj. podmiot udostępniający przystępującemu swoje zasoby ma niezbędną do realizacji przedmiotu zamówienia zasób (wiedzę i doświadczenie (str. 8 odwołania, ostatni akapit). W toku rozprawy odwołujący potwierdził, iż „poprzez złożone dokumenty – wykaz i referencje – wykonawca Integra wykazał, że Faun ma wiedzę i doświadczenie wymagane do realizacji zamówienia.” (str. 6 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Kwestionował jednak, że przystępujący wykazał spełnienie ustanowionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia ze względu na fakt, że nie może polegać na zdolnościach Faun, ponieważ udostępnienie mu zasobów nie ma charakteru realnego (jest pozorne) – Faun nie dostarczy zamawiającemu zamiatarki („Z treści zobowiązania Faun w żadnym stopniu nie można domniemywać, że zobowiązuje się on dostarczyć Zamawiającemu zamiatarkę, a przecież to właśnie dostawa zamiatarki jest przedmiotem zamówienia i właśnie tego dotyczy wymóg Zamawiającego dotyczący doświadczenia, który był przecież warunkiem koniecznym do wzięcia udziału w Postępowaniu.” – str. 6 odwołania ostatnie zdanie).

Przypomnienia jednak wymaga, że zgodnie z przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, „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 zdolności te są wymagane.” – z brzmienia zacytowanego artykułu wprost wynika, że znajduje on zastosowanie do zamówień publicznych, których przedmiotem są roboty budowlane lub usługi.

Tymczasem przedmiotem postępowania, w odniesieniu do którego złożono rozpoznawane przez skład orzekający Izby odwołanie jest dostawa – dostawa fabrycznie nowej zamiatarki lotniskowej do oczyszczania nawierzchni utwardzonych, co oznacza, że wynikający z przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp warunek dotyczący możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego, sprowadzający się do obowiązku realizacji przez podmiot udostępniający robót lub usług, do których zdolności są wymagane, nie odnosi się do zamówień publicznych na dostawy.

Innymi słowy, wbrew wskazanej regulacji odwołujący utrzymywał, że Faun, aby przystępujący mógł skorzystać z jego zasobów i wykazać spełnienie warunku doświadczenia z powołaniem się na te zasoby, musiałby zobowiązać się do dostarczenia zamiatarki. W konsekwencji odwołujący błędnie twierdził, że wskazane w zobowiązaniu Faun formy korzystania z zasobów nie są wystarczające, ponieważ „nie są to elementy składające się na zamówienie” [str. 6 zdanie zaczynające się od „Skoro Faun ma (...)”].

Odnosząc się do eksponowanej przez przystępującego kwestii, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa pojazdu produkowanego na bazie pojazdu bazowego, który jest dostosowywany do konkretnej specyfikacji oraz, że „w Polsce najczęściej pojazdy bazowe są zabudowywane, modyfikowane przez wykonawców krajowych” (str. 3 Protokołu posiedzenia i rozprawy), skład orzekający Izby wskazuje, że – ze względu na definicję legalną „dostawy” (art. 2 pkt 2 ustawy Pzp – „należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację”) bez znaczenia w tym przypadku (zamówienia na dostawę zamiatarki) pozostaje to, kto i w jaki sposób wytworzył pojazd (abstrahując od tego, że odwołujący nie wykazał istniejącej w Polsce praktyki, na którą się powoływał).

Odnosząc się do stanowiska odwołującego z rozprawy (w kontekście „wycofania się” zamawiającego z postanowienia pkt. 6.5. rozdziału V SIWZ), iż zamawiający jednocześnie usunął, a zatem aktualnymi pozostawił punkty 6.1 – 6.4 rozdziału V (str. 5 Protokołu posiedzenia i rozprawy), skład orzekający Izby wskazuje, że postanowienia SIWZ wymagają ich łącznego odczytania. Skoro usunięty zostaje warunek, iż wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów tylko jeśli podmioty te zrealizują usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, to w konsekwencji nie mają racji bytu wymogi skorelowane z tym warunkiem, w szczególności, aby ze zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby wynikało, czy podmiot ten zrealizuje usługi, których zdolności dotyczą (pkt. 6.4.).

Gdyby nie wyklądać SIWZ w sposób całościowy jak powyżej podnieść by należało, że rezygnacja zamawiającego z pkt.

6.5., przy jednoczesnym pozostawieniu punktów 6.1.-6.4. bez zmian, musiałyby prowadzić do wniosku, że w zakresie wzajemnej relacji tych punktów co najmniej istnieją wątpliwości, których, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nie można poczytywać na niekorzyść wykonawcy (który miałby w konsekwencji zostać wyeliminowany z postępowania).

Zwraca także uwagę fakt, że wykonawca Integra w ogóle nie twierdził, że spełnia ustanowiony warunek w zakresie doświadczenia „na zasadzie art. 22a ust. 1 Pzp” (str. 5 odwołania pkt 2 zdanie pierwsze). Jak oświadczył odwołujący na rozprawie było to jego ocena własna oferty przystępującego (str. 5 Protokołu posiedzenia i rozprawy).

Uzupełniająco dostrzeżenia wymaga, że choć wykonawca Integra w ofercie podał, iż producentem zamiatarki jest Faun, to jednak zadeklarowane przez przystępującego podwykonawstwo tego podmiotu odnosiło się nie do wytworzenia pojazdu, ale będącej przedmiotem zamówienia dostawy pojazdu – zamiatarki (w rozumieniu ustawy Pzp) „zgodnie z udostępnieniem potencjału”, co – o czym była już mowa powyżej – nie oznaczało konieczności realizacji dostawy przez Faun. W tym kontekście wątpliwości odwołującego co do oświadczenia wykonawcy Integra, iż wybór jego oferty nie będzie prowadzić do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego są nieuzasadnione – zamiatarkę wykonaną przez Faun dostarczy Integra, korzystając z zasobu doświadczenia Faun w zakresie samej dostawy w formach wskazanych w zobowiązaniu tegoż podmiotu.

Uwzględniając powyższe, skład orzekający Izby uznał, że wykonawca Integra wykazał, że spełnia warunek doświadczenia, w konsekwencji czego brak jest podstaw do wzywania tego wykonawcy do jakichkolwiek wyjaśnień, czy uzupełnień (abstrahując od tego, czy podstawę miałby stanowić art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – jak utrzymywał odwołujący, czy art. 22a ust. 6 ustawy Pzp – jak utrzymywał zamawiający).

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że żądanie wykluczenia wykonawcy Integra z udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy zamawiający nie wzywał tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, czy uzupełnienia dokumentów (w zakresie spełnienia warunku doświadczenia) jest przedwczesne. Był tego świadom sam odwołujący, formułując zarzut zaniechania przez zamawiającego skierowania takiego wezwania. Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji, oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący.....**