

WYROK
z dnia 15 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2020 roku przez wykonawcę **FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10, 55-040 Kobierzyce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Kobierzyce, Al. Pałacowa 1, 55-040 Kobierzyce** przy udziale wykonawcy **P. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „P. P. W.”, Wierzbice, ul. Tarnopolska 55, 55-040 Kobierzyce**, zgłaszającej swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy P. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Paula P. W.”, Wierzbice, ul. Tarnopolska 55, 55-040 Kobierzyce, ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy P. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Paula P. W.”, Wierzbice, ul. Tarnopolska 55, 55-040 Kobierzyce do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług w celu potwierdzenia, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej; w pozostałym zakresie zarzuty się nie potwierdziły,
2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego **Gminę Kobierzyce, Al. Pałacowa 1, 55-040 Kobierzyce** i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10, 55-040 Kobierzyce** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego **Gminy Kobierzyce, Al. Pałacowa 1, 55-040 Kobierzyce** na rzecz wykonawcy **FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Bielany Wrocławskie, ul. Atramentowa 10, 55-040 Kobierzyce** kwotę **18 600,00 zł** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 pn. *„Zimowe utrzymanie dróg gminnych i powiatowych sprzętem mechanicznym na terenie Gminy Kobierzyce”* przez Gminę Kobierzyce,

Al. Pałacowa 1, 55-040 Kobierzyce (dalej „zamawiający”) wykonawca **FB Serwis Wrocław**

Sp. z o.o., ul. Atramentowa 10, Bielany Wrocławskie 55-040 Kobierzyce (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie, zarzucając 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”]:

art. 24 ust. 1 pkt 12, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy P. W., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą „Paula P. W.”, Wierzbice, ul. Tarnopolska 55, 55-040 Kobierzyce (dalej „PAULA”) z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2) lit. c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) pomimo, że w ofercie w pkt. 6 Formularza ofertowego wykonawca PAULA oświadczył, że samodzielnie zrealizuje zamówienie oraz w części II, sekcja D JEDZ oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawstwa podmiotowi na zasobach, którego polega w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (a więc, że zrealizuje zamówienie bez udziału podmiotu trzeciego w roli podwykonawcy na zasadzie

art. 22a ust. 4 ustawy Pzp), a następnie w przedstawionym w toku postępowania Wykazie wykonanych usług powołał się wyłącznie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. (a więc nie przedstawił jakiegokolwiek własnego doświadczenia),

art. 26 ust. 3, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy PAULA do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług celem potwierdzenia, że samodzielnie spełnia on warunki udziału

postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2) lit. c) SIWZ pomimo, że w ofercie w pkt. 6 Formularza ofertowego wykonawca PAULA jednoznacznie oświadczył, że samodzielnie zrealizuje zamówienie oraz w części II, sekcja D JEDZ oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawstwa podmiotowi na zasobach, którego polega w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (a więc, że zrealizuje zamówienie bez udziału podmiotu trzeciego w roli podwykonawcy na zasadzie art. 22a ust. 4 ustawy Pzp), a następnie przedstawił w toku postępowania Wykaz wykonanych usług, w którym powołał się

wyłącznie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F.

więc nie przedstawił jakiegokolwiek własnego doświadczenia),

art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 4, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PAULA pomimo, że w ofercie założył poleganie w zakresie warunków udziału dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w 100% na zdolnościach podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F.,

ednocześnie przewidział powierzenie temu podmiotowi do realizacji co najwyżej 50% zakresu zamówienia,

art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 i 4, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PAULA pomimo, że z uwagi na treść złożonego w toku postępowania zobowiązania podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. . nie udowodnił zamawiającemu, iż realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami ww. podmiotu trzeciego, a co za tym idzie, nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2) lit. c) SIWZ,

art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego pomimo, że oferta ta – w świetle ustanowionych w postępowaniu kryteriów oceny ofert – jest ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy PAULA jako oferty najkorzystniejszej,
- 2.przeprowadzenia ponownie procesu badania i oceny ofert,
- 3.wykluczenia wykonawcy PAULA z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 4.wezwania wykonawcy PAULA do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług o doświadczenie własne,
- 5.odrzucenia oferty wykonawcy PAULA z uwagi na sprzeczność treści oferty z ustawą,
- 6.wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 26

ust. 3 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że wykonawca PAULA zadeklarował w ofercie,

tj. w pkt. 6 Formularza ofertowego oraz części II, sekcja D JEDZ, że samodzielnie zrealizuje przedmiot zamówienia oraz, że nie zamierza powierzyć podwykonawstwa zamówienia podmiotowi trzeciemu, który udostępni wykonawcy PAULA zasoby niezbędne do wykonania zamówienia, co – wedle odwołującego – w kontekście art. 22a ust. 4 ustawy Pzp miało takie znaczenie, że wykonawca PAULA w toku postępowania nie mógł polegać na takich zasobach podmiotu trzeciego, których udostępnienie wymagało udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.

Uznał, że wykonawca PAULA nie mógł polegać na doświadczeniu podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający, przy ocenie czy wykonawca PAULA spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie powinien brać pod uwagę innego doświadczenia niż doświadczenie własne wykonawcy PAULA, tymczasem ze złożonego przez wykonawcę PAULA Wykazu wykonanych usług wynika, że nie posiada on jakiegokolwiek własnego doświadczenia niezbędnego do prawidłowego wykonania zamówienia. Wskazał, że wykonawca PAULA powołał się w Wykazie wykonanych usług wyłącznie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F..

Stwierdził, że okoliczność, że powołane doświadczenie nie jest doświadczeniem własnym wykonawcy PAULA znajduje potwierdzenie w treści referencji załączonych do Wykazu wykonanych usług, gdzie jako wykonawcę poszczególnych zadań wskazano każdorazowo wyłącznie Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. .

W ocenie odwołującego zamawiający nie mógł brać pod uwagę tego doświadczenia

z uwagi na przepis art. 22a ust. 4 ustawy Pzp oraz okoliczność, że z oferty wykonawcy PAULA wynikało, że nie zamierza on powierzyć podmiotowi udostępniającemu zasoby podwykonawstwa zamówienia.

Podniósł, że działanie wykonawcy PAULA polegające na złożeniu, już po terminie składania ofert, zobowiązania podmiotu trzeciego oraz umowy o współpracy z podmiotem trzecim, z których wynikało, że wykonawca PAULA polegał będzie na potencjalne podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia stanowi niedopuszczalną zmianę oferty po terminie składania ofert (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp *a contrario*) – składając ww. dokumenty Wykonawca PAULA zmienił ofertę w zakresie, w jakim pierwotnie założył, że samodzielnie zrealizuje zamówienie, a następnie zmienił zdanie i założył, że zamówienie zrealizuje z udziałem podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. w roli podwykonawcy.

Stwierdził, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że nie jest dopuszczalne wprowadzenie do postępowania podmiotu trzeciego, jeśli z oferty wykonawcy od początku wynika, że samodzielnie zamierza spełnić warunki udziału w postępowaniu;

w ocenie Izby nie jest również dopuszczalne, po terminie składania ofert, rozszerzenie zakresu polegania na potencjalne podmiotu trzeciego przewidzianego pierwotnie w ofercie

Podniósł, że z oferty wykonawcy PAULA od początku wynikało, że zamierza on polegać na potencjalne podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. i brać pod uwagę wyłącznie doświadczenie podmiotu trzeciego, ale poleganie na tych zasobach nie dotyczyło zasobów, o których mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, a więc nie dotyczyło doświadczenia. – wynika to z zestawienia treści oświadczeń wykonawcy PAULA zawartych w pkt 6 Formularza ofertowego oraz części II, sekcja C i D JEDZ, gdzie wykonawca PAULA oświadczył, że zamierza polegać na potencjalne podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz że zamówienia zamierza wykonać samodzielnie oraz, że nie zamierza powierzyć podmiotowi trzeciemu udostępniającemu zasoby zamówienia do realizacji w roli podwykonawcy; z oferty wykonawcy PAULA od początku wynikało, że zamierzał on polegać na potencjalne podmiotu trzeciego

w innym zakresie niż doświadczenie, mogło chodzić na przykład o zasoby techniczne

w postaci sprzętu czy osób niezbędnych do realizacji zamówienia, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2) lit. c) SIWZ.

Uznał, że niedopuszczalna była jakakolwiek zmiana oferty wykonawcy PAULA

w zakresie, w jakim oświadczył on w ofercie, że nie będzie polegał na potencjalne podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp (a zatem na doświadczeniu),

a zamawiający przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien pominąć doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. i brać pod uwagę wyłącznie doświadczenie własne wykonawcy PAULA.

Podsumował, że w stosunku do wykonawcy PAULA zachodziły podstawy do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku

z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu, a zamawiający przed wykluczeniem wykonawcy PAULA z postępowania powinien jednak wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług o doświadczenie własne.

W odniesieniu do naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wskazał, że z przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wynika, że w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia wykonawca może polegać na zdolnościach innego podmiotu, jeśli podmiot ten zrealizuje usługi, do realizacji, których jego doświadczenie jest wymagane.

Podniósł, że oferta wykonawcy PAULA pozostaje sprzeczna z ustawą w zakresie przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, z następujących względów.

Po pierwsze, w pkt. 6 Formularza ofertowego oświadczył on, że zamierza samodzielnie realizować zamówienie, zaś w części II, sekcja D JEDZ oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawstwa podmiotowi, na którego zasobach polega w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jednocześnie jednak wykonawca PAULA przedstawił w toku postępowania Wykaz wykonanych usług, z którego wynika, że polega w 100% na doświadczeniu podmiotu trzeciego przy spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Na powyższej podstawie stwierdził, że oferta wykonawcy PAULA pozostaje sprzeczna z ustawą (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp) w zakresie, w jakim założył on poleganie na doświadczeniu podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez jednoczesnego powierzenia temu podmiotowi do realizacji na zasadzie podwykonawstwa zakresu zamówienia, dla którego realizacji niezbędne jest jego doświadczenie.

Uzupełnił, że należy brać pod uwagę wyłącznie złożone przez wykonawcę PAULA zobowiązanie podmiotu trzeciego na formularzu stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ, z którego nie wynika, że wykonawca PAULA powierzy podmiotowi trzeciemu jakąkolwiek część zamówienia do realizacji na zasadzie podwykonawstwa.

Po drugie, jeśli uznać, że mimo złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego na formularzu stanowiącym załącznik nr 10 do SIWZ – w świetle postanowień SIWZ dopuszczalne było złożenie również innego dowodu (w przypadku wykonawcy PAULA umowy o współpracę z 13.09.2020 r.), to także w tym przypadku treść jego oferty pozostaje sprzeczna z ustawą w zakresie art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, ponieważ z przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wynika, że podmiot trzeci ma wykonać jako podwykonawca usługi w zakresie, w jakim niezbędne jest jego doświadczenie; na podstawie Wykazu wykonanych usług złożonego przez wykonawcę PAULA oraz treści opisu przedmiotu zamówienia (rozdział III SIWZ) należy przyjąć, że doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. niezbędne jest do zrealizowania przedmiotu zamówienia w 90-95%.

Podniósł, że wykonawca PAULA w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polega w 100% na doświadczeniu podmiotu trzeciego – w wykazie powołał się tylko na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F., tym samym wykonawca PAULA nie legitymuje się jakimkolwiek własnym doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia.

Podniósł także, że z opisu przedmiotu zamówienia (rozdział III SIWZ) wynika, że usługa zimowego utrzymania dróg w zasadzie wyczerpuje przedmiot zamówienia, ewentualnie można przyjąć, że na zamówienie dodatkowo składa się tzw. awaryjne utrzymanie zimowe dróg, o którym mowa w rozdziale III pkt 12 SIWZ, jednak jest to niewielki procent zamówienia (jest zlecone w razie potrzeby oraz dotyczy świadczenia usług poza sezonem lub innych pilnych potrzeb utrzymania zimowego nie objętych podstawową usługą zimowego utrzymania dróg) – w konsekwencji - skoro wykonawca PAULA polega w 100% na doświadczeniu podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. – udział tego podmiotu w realizacji zamówienia powinien obejmować całość usług zimowego utrzymania dróg, poza tzw. awaryjnym utrzymaniem zimowym dróg.

W ocenie Odwołującego z uwagi na takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia powinien wynosić co najmniej 90-95%, zaś udział wykonawcy PAULA 5-10% i obejmować co najwyżej nadzór nad realizacją zamówienia oraz wykonanie tzw. awaryjnego utrzymania zimowego dróg, gdy tymczasem z § 2 ust. 2 lit. h) umowy o współpracy z 13.09.2020 r. wynika, że udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia obejmuje co najwyżej 50% zakresu przedmiotu zamówienia, zaś udział wykonawcy PAULA aż 50% zakresu przedmiotu zamówienia („Strony ustalają, że w ramach bezpośredniego zaangażowania Współpracującego przez Wykonawcę przez cały czas wykonywania Zamówienia, Współpracujący będzie w szczególności wykonywał osobiście następujące czynności: (...) h) bezpośredniego udziału, przez czas około 50 % w miesięcznym okresie rozliczeniowym, wraz ze swoimi wybranymi pracownikami i z pracownikami Wykonawcy w realizacji zleconych usług zimowego utrzymania dróg, wykonując kierownictwo nad pracującymi zespołami w terenie na sprzęcie mechanicznym oraz nadzorując rzetelność wykonywanych przez nich prac, także poprzez odbiór końcowy wykonania zleconych zadań”).

Stwierdził, że powyższe oznacza, że w istocie zamówienie w 50% realizował będzie wykonawca PAULA, który nie ma jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usług zimowego utrzymania dróg, co powoduje, że oferta wykonawcy PAULA pozostaje sprzeczna z ustawą w zakresie art. 22a ust. 4 Pzp; podmiot trzeci nie zrealizuje w niniejszym przypadku zakresu zamówienia do którego realizacji niezbędne jest jego doświadczenie.

Podsumował, że zamawiający powinien był odrzucić ofertę wykonawcy PAULA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp, a zaniechanie w tym zakresie stanowi o naruszeniu przez zamawiającego tych przepisów.

Uzupełnił, że wedle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie może wezwać wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego ani jakiegokolwiek innego dokumentu podmiotowego (w tym wykazu usług), jeśli wykonawca złożył ofertę niezgodną z ustawą w zakresie art. 22a ust. 4 Pzp. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 13.07.2020 r., sygn. akt KIO 1174/20: *Ponadto, w ocenie Izby, żądanie Odwołującego dotyczące wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego jest próbą niedopuszczalnej przez ustawę Pzp ingerencji w treść oferty, która ma na celu uzupełnienie treści oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Izba wskazuje, że oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego. W związku z powyższym, nie potwierdził się zarzut, iż zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do wezwania zobowiązania podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, podczas gdy miał obowiązek wezwania, bowiem Odwołujący złożył ofertą niezgodną z art. 22a ust. 4 Pzp, podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp. Okoliczności te stanowią podstawę do zwolnienia Zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub*

dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 Pzp.”

Na powyższej podstawie uznał, że nie jest możliwe wezwanie przez zamawiającego wykonawcy PAULA do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego czy umowy o współpracę.

Podniósł także, że z uwagi na konieczność odrzucenia oferty wykonawcy PAULA na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp, brak jest konieczności wezwania przez zamawiającego wykonawcy PAULA do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług obejmującego doświadczenie własne wykonawcy PAULA.

Podsumował, że zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy PAULA, zaś zaniechanie wezwania go do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego czy Wykazu wykonanych usług nie będzie stanowiło naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innego podmiotu musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami i taki wymóg postawił również zamawiający w rozdziale V pkt 5 ppkt 2 SIWZ.

Podniósł, że przedstawione przez wykonawcę PAULA zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz umowa o współpracy z 13.09.2020 r. nie potwierdzają, że będzie on realnie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. w okresie realizacji zamówienia.

Co do treści zobowiązania podmiotu trzeciego wskazał, że dokument zawiera wyłącznie dane podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. oraz oświadczenie oddaniu wykonawcy PAULA zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia w postaci wiedzy i doświadczenia, z jego treści nie wynika jednak: jaki jest zakres udostępnianej wiedzy i doświadczenia, jaki będzie sposób wykorzystania udostępnionych zasobów przy realizacji zamówienia, jaki będzie zakres i okres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, brak jest również oświadczenia czy podmiot trzeci będzie realizował usługi, których dotyczą udostępniane zasoby, odnoszące się do warunków udziału dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia.

Na powyższej podstawie uznał, że wykonawca PAULA, składając zobowiązanie podmiotu trzeciego nie spełnił warunku określonego w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, tj. nie udowodnił, że w toku realizacji zamówienia realnie będzie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. .

Na wypadek uznania, że mimo złożenia przez wykonawcę PAULA zobowiązania podmiotu trzeciego dopuszczalne było jednoczesne złożenie innego dokumentu potwierdzającego zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów, wskazał, że

z postanowień umowy o współpracę z 13.09.2020 r. wynika, że założony udział podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. w realizacji zamówienia nie potwierdza, że udostępnienie potencjału w zakresie doświadczenia ma charakter realny i nie gwarantuje zamawiającemu należytego wykonania zamówienia.

Podał, że z Wykazu wykonanych usług złożonego przez wykonawcę PAULA wynika, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia polega on w 100% na doświadczeniu podmiotu trzeciego – w wykazie powołał się tylko na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F., co oznacza, że wykonawca PAULA nie legitymuje się jakimkolwiek własnym doświadczeniem niezbędnym do realizacji zamówienia.

W ocenie odwołującego w takiej sytuacji – z uwagi na dyspozycję art. 22a ust. 4 ustawy Pzp – to podmiot trzeci Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. powinien faktycznie realizować zamówienie, zaś wykonawca PAULA powinien realizację zamówienia nadzorować, ewentualnie wykonywać dodatkowe czynności składające się na przedmiot zamówienia inne niż usługa zimowego utrzymania dróg.

Stwierdził, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że usługa zimowego utrzymania dróg w zasadzie wyczerpuje przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu oraz, że ewentualnie można przyjąć, że na zamówienie dodatkowo składa się tzw. awaryjne utrzymanie zimowe dróg, o którym mowa w rozdziale III pkt 12 SIWZ. Uzupełnił, że wedle OPZ tzw. awaryjne utrzymanie zimowe dróg jest niewielkim procentem zamówienia, jest zlecane w razie potrzeby oraz dotyczy świadczenia usług poza sezonem lub innych pilnych potrzeb utrzymania zimowego nie objętych podstawową usługą zimowego utrzymania dróg.

Skoro wykonawca PAULA polega w 100% na doświadczeniu podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F., to – wywodził odwołujący – udział tego podmiotu w realizacji zamówienia powinien obejmować całość usług zimowego utrzymania dróg, poza tzw. awaryjnym utrzymaniem zimowym dróg.

W ocenie Odwołującego z uwagi na takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia powinien wynosić co najmniej 90-95%, zaś udział wykonawcy PAULA 5-10% i obejmować co najwyżej nadzór nad realizacją zamówienia oraz wykonanie tzw. awaryjnego utrzymania zimowego dróg, podczas gdy z § 2 ust. 2 lit. h) umowy o współpracy z 13.09.2020 r. wynika, że udział podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. w realizacji zamówienia obejmuje co najwyżej 50% zakresu przedmiotu zamówienia, zaś udział wykonawcy PAULA aż 50% zakresu przedmiotu zamówienia („Strony ustalają, że w ramach bezpośredniego zaangażowania Współpracującego przez Wykonawcę przez cały czas wykonywania Zamówienia, Współpracujący będzie w szczególności wykonywał osobiście następujące czynności: (...) h) bezpośredniego udziału, przez czas około 50 % w miesięcznym okresie rozliczeniowym, wraz ze swoimi wybranymi pracownikami i z pracownikami Wykonawcy w realizacji zleconych usług zimowego utrzymania dróg, wykonując kierownictwo nad pracującymi zespołami w terenie na sprzęcie mechanicznym oraz nadzorując rzetelność wykonywanych przez nich prac, także poprzez odbiór końcowy wykonania zleconych zadań”)

Uznał, że w istocie zamówienie w 50% realizował będzie wykonawca PAULA, który – jak wynika ze złożonego Wykazu wykonanych usług – nie ma jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usług zimowego utrzymania dróg.

W ocenie odwołującego taki model realizacji zamówienia nie może gwarantować zamawiającemu należytej realizacji zamówienia.

Podsumował, że zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę PAULA

z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy

Pzp w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu, poprzez niewykazanie realności udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci w zakresie niezbędnego doświadczenia, a zaniechanie w tym zakresie stanowi naruszenie tych przepisów.

Stwierdził, że zamawiający na obecnym etapie postępowania nie może wezwać wykonawcy PAULA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S.

F., ani do uzupełnienia umowy o współpracę z 13.09.2020 r.

Podał, że wykonawca PAULA nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego, ani umowy wraz z ofertą w terminie składania ofert, ale uzupełnił dokument samodzielnie, bez wezwania ze strony zamawiającego wraz z dokumentami podmiotowymi złożonym w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego oparte o art. 26 ust. 1 ustawy Pzp.

Podniósł, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że samouzupełnienia dokumentu konsumuje możliwość wezwania wykonawcy do jego złożenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Powolał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 31.01.2020 r., sygn. akt KIO 91/20: *Jednocześnie, w złożonych przez siebie wyjaśnieniach z 12 grudnia 2019 r. wskazał, że w zakresie zdolności finansowej (zapewnienia środków pieniężnych) będzie polegał na zasobach własnych oraz spółki-matki (...). Tym samym uznać należy, że odwołujący podjął decyzję o zmianie podmiotu trzeciego, czym wyczerpał ustawową możliwość wezwania go przez zamawiającego w trybie z art. 22a ust 6 ustawy Pzp. Co istotne w okolicznościach niniejszej sprawy, powyższe działanie wyczerpało również możliwości wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w tym zakresie. Jak słusznie bowiem zauważył sam odwołujący, wezwanie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podstawy uzupełniania dokumentów. Odwołujący kwestionował wprowadzenie powyższy fakt argumentując, że dokonana przez niego zmiana podmiotu udostępniającego zasoby była nieskuteczna, gdyż uczynił to z własnej inicjatywy, a zatem takie samouzupełnienie dokumentu należało uznać za nieskuteczne. Niniejszy skład orzekający podziela jednakże pogląd wyrażany wcześniej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym przepisy ustawy Pzp nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez uprzedniego wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (tu w trybie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp). Może się bowiem zdarzyć sytuacja, w której zamawiający - pomimo wspomnianego obowiązku wezwania wykonawcy - czynności tej bezprawnie zaniecha, co nie tylko stanowić będzie naruszenie przepisów ustawy Pzp, ale skutkować może negatywnymi konsekwencjami dla samego wykonawcy. Tym samym kwestię samodzielnego uzupełniania dokumentów i oceny jego skutków, należy rozstrzygać indywidualnie, w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego (tak między innymi wyrok KIO z dnia 17 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO 1597/17). W konsekwencji, uznać również należy, że w przypadku, gdy wykonawca samodzielnie dokonał przedmiotowej zmiany, obowiązkiem zamawiającego było wziąć pod uwagę złożone przez wykonawcę oświadczenie. W tym kontekście niezrozumiałą jest także zarzut odwołującego, że nie został przez zamawiającego wezwany, w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Skoro wykonawca sam oświadczył, że spełniając warunek w zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego – (...), zamawiający nie mógł oświadczenia tego zlekceważyć.*

Uznał, że w konsekwencji samodzielnego działania wykonawcy PAULA doszło do skonsumowania możliwości wezwania przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy PAULA do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego czy umowy o współpracę.

Podniósł, że niezależnie od wyczerpania możliwości wezwania na skutek samouzupełnienia dokumentu, brak konieczności wezwania wykonawcy PAULA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego czy umowy o współpracę związany jest z okolicznością, że oferta wykonawcy PAULA jest niezgodna z ustawą oraz podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wobec czego, jak wynika z treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, brak jest obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że zarzut ma charakter wynikowy w stosunku do wcześniejszych zarzutów – gdyby zamawiający prawidłowo zweryfikował czy wykonawca PAULA spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz należycie zbadał ofertę tego wykonawcy pod kątem jej zgodności z ustawą, to wykluczyłby go z postępowania oraz odrzucił jego ofertę, w takiej zaś sytuacji to oferta odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 29 grudnia 2020 r. – dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia. Odpowiedzi na odwołanie – pismo zamawiającego z dnia 8 stycznia 2021 r., „Odpowiedzi zgłaszającej przystąpienie na odwołanie” – pismo z dnia 30 grudnia 2020 r., „Pisma procesowego odwołującego” z dnia 12 stycznia 2021 r., a także oświadczeń i stanowisk stron, 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 Pzp, czego zamawiający i przystępujący nie kwestionowali.

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

Zarzut zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy PAULA z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2) lit. c) SIWZ pomimo, że w ofercie w pkt 6 Formularza ofertowego wykonawca PAULA oświadczył, że samodzielnie zrealizuje zamówienie oraz w części II, sekcja D JEDZ oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawstwa podmiotowi na zasobach którego polega w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (a więc, że zrealizuje zamówienie bez udziału podmiotu trzeciego w roli podwykonawcy na zasadzie art. 22a ust. 4 ustawy Pzp), a następnie w przedstawionym w toku postępowania Wykazie wykonanych usług powołał się wyłącznie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. (a więc nie przedstawił jakiegokolwiek własnego doświadczenia), czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz zaniechania wezwania wykonawcy PAULA do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług celem potwierdzenia, że samodzielnie spełnia on warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2) lit. c) SIWZ pomimo, że w ofercie w pkt 6 Formularza ofertowego wykonawca PAULA jednoznacznie oświadczył, że samodzielnie zrealizuje zamówienie oraz w części II, sekcja D JEDZ oświadczył, że nie zamierza powierzyć podwykonawstwa podmiotowi na zasobach, którego polega w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu (a więc, że zrealizuje zamówienie bez udziału podmiotu trzeciego w

roli podwykonawcy na zasadzie art. 22a ust. 4 ustawy Pzp), a następnie przedstawił w toku postępowania Wykaz wykonanych usług, w którym powołał się wyłącznie na doświadczenie podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. (a więc nie przedstawił jakiegokolwiek własnego doświadczenia) potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Przedmiotem zamówienia są usługi – usługi zimowego utrzymania dróg gminnych i powiatowych.

Zamawiający przewidział w przedmiotowym przetargu nieograniczonym zastosowanie tzw. procedury odwróconej, tj. w rozdziale II pkt 10 SIWZ wskazał, że najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem V „Warunki udziału w postępowaniu” pkt 1 ppkt 2) lit. c) SIWZ zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej – w zakresie doświadczenia: „Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizował co najmniej jedną umowę ciągłego zimowego utrzymania dróg w okresie minimum 3 miesięcy pomiędzy listopadem a kwietniem, obejmującą kompleksowe utrzymanie dróg publicznych tj. np. krajowych lub wojewódzkich lub powiatowych lub gminnych o długości minimum 150 km. wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego lub usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie może złożyć wymaganych przez Zamawiającego dokumentów, Zamawiający dopuszcza złożenie przez Wykonawcę innych odpowiednich dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu - oświadczenie Wykonawcy (...)

W rozdziale V pkt 3 i 4 SIWZ zamawiający wskazał: „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w SIWZ

w stosowanych 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 nim stosunków prawnych.” i „Zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podania przez wykonawcę firm podwykonawców.”

Zgodnie z rozdziałem V pkt 5 ppkt 2, 3 i 4 SIWZ: 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;

3) 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 ustawy PZP;

4) 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”

Wzór opracowanego przez zamawiającego zobowiązania podmiotu trzeciego stanowił załącznik nr 10 do SIWZ.

W rozdziale VI pkt 3 SIWZ zamawiający podał, że przed udzieleniem zamówienia wezwiał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do składania aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających, że spełnia warunki udziału

w postępowaniu (dokumenty lub oświadczenia wskazane w pkt. V ust. 1) oraz, że nie podlega wykluczeniu. Wśród wskazanych dokumentów nie ujęto zobowiązania podmiotu trzeciego.

W opracowanym przez zamawiającego wzorze Formularza ofertowego wykonawcy mieli złożyć, w pkt. 6, oświadczenie, czy przedmiot zamówienia zamierzają wykonać sami, czy z udziałem podwykonawców, a jeśli z udziałem podwykonawców, to wykonawcy mieli wskazać w jakim zakresie przewidują udział podwykonawcy/podwykonawców.

Termin składania ofert upłynął 24 września 2020 r. Złożono 3 oferty.

Wykonawca PAULA złożył:

- Formularz ofertowy, w którym w pkt 6 oświadczył, że samodzielnie zrealizuje zamówienie,

- JEDZ dotyczący wykonawcy PAULA, w którym:

- o w części II, sekcja D oświadczył, że zrealizuje zamówienie samodzielnie oraz, że nie zamierza powierzyć podwykonawstwa podmiotowi na zdolnościach, którego polega w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

- o w części II, sekcja C oświadczył, że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na potencjale podmiotu trzeciego,

- JEDZ dotyczący Zakładu Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. .

W terminie składania ofert wykonawca PAULA nie złożył żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego.

30 listopada 2020 r. zamawiający wezwał wykonawcę PAULA, powołując się na art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wskazanych dokumentów; zobowiązanie podmiotu trzeciego nie było objęte tym wezwaniem.

Odpowiadając na powyższe wezwanie wykonawca PAULA złożył Wykaz wykonanych usług, w którym wskazał 4 usługi, wykonane – jak wskazano w załączonych poświadczeniach i referencjach – przez Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F., a nadto zobowiązanie podmiotu trzeciego – Zakładu Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. oraz „Warunkową umowę współpracy” z dnia 13 września 2020 r. zawartą pomiędzy wykonawcą PAULA a Stanisławem Falkowskim – Zakład Usług Porządkowych i Pielęgnacyjnych S. F. .

Pismem z dnia 11 grudnia 2020 r. zamawiający zawiadomił wykonawców

o rozstrzygnięciu postępowania tj. wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty wykonawcy PAULA (oferta trzeciego z wykonawców została odrzucona).

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby wskazuje, że obowiązkiem wykonawcy, który chce skorzystać z zasobu/zasobów podmiotu trzeciego jest złożenie wraz z ofertą zobowiązania takiego podmiotu, czy też innego dokumentu, służącego wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci (w tym przypadku

wykonawcy mogli skorzystać z opracowanego przez zamawiającego i stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ wzoru).

Skład orzekający Izby, co do obowiązku złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego już wraz z ofertą, podziela argumentację zaprezentowaną przez odwołującego w jego piśmie z dnia 12 stycznia 2021 r. (str. 6) w ramach opinii Urzędu Zamówień Publicznych)

„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 ?

Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenia wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE - w ramach „zwykłego” oświadczenia wykonawcy.

Dla dokonania wstępnej oceny spełniania 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.

Jednocześnie zamawiający, oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o te wstępne oświadczenia, w szczególności jednolity europejski dokument zamówienia, dokonuje także oceny braku podstaw do wykluczenia z postępowania podmiotów trzecich. 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. Czym innym jest natomiast złożenie dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie konkretnego warunku udziału w postępowaniu (np. wykaz usług zrealizowanych przez podmiot trzeci) oraz brak podstaw do wykluczenia z postępowania (np. niekaralność członka zarządu podmiotu trzeciego) co do oceny udostępnionego wykonawcy potencjału podmiotu trzeciego. Dokumenty te będą żądane przez zamawiającego od wykonawcy w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, ewentualnie w trybie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.”

Wstępne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nastąpić powinno łącznie, tj. nie tylko przez przyzmat wstępnych oświadczeń wykonawcy o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu, ale i zobowiązania podmiotu trzeciego.

Fakt, że wykonawca PAULA nie załączył do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego (innego dokumentu), składając jednocześnie oświadczenie w ofercie (Formularzu ofertowym), o zamiarze samodzielnego wykonania zamówienia, a nadto o braku zamiaru zlecenia podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia prowadzić musi do wniosku, że – co najmniej w zakresie zdolności zawodowej – w zakresie doświadczenia wykonawca PAULA nie korzysta z potencjału podmiotu trzeciego.

Art. 22a ust. 4 ustawy Pzp brzmi: *„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.”*

Wykonawca PAULA nie wykazał żadnego własnego doświadczenia (wszystkie wskazane w Wykazie usług zostały wykonane przez inny podmiot), co – wobec treści przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp – oznacza, że w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia, publicznego, którego przedmiotem są usługi ów podmiot trzeci, dla możliwości powołania się przez wykonawcę PAULA na jego zdolności w zakresie wykazania spełnienia warunku, musi zrealizować usługi, do realizacji których zdolności te są wymagane. Postawiony przez zamawiającego warunek doświadczenia odnosił się do całości przedmiotu zamówienia (warunek realizacji zimowego utrzymania dróg publicznych – przedmiot zamówienia: zimowe utrzymanie dróg gminnych i powiatowych) toteż usługi będące przedmiotem zamówienia winny być przez podmiot ten zrealizowane.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko, prezentowane w szczególności w przywoływanym przez zamawiającego i przystępującego wyroku z dnia 19 czerwca 2020 r. sygn. akt KIO 835/20, KIO 843/20, zgodnie z którym *„W orzecznictwie i doktrynie wskazuje się, iż zwłaszcza w przypadku robót budowlanych, ale też wyspecjalizowanych usług, zasób integralnie związany z określonym podmiotem (w szczególności jego doświadczenie) może być przekazany wyłącznie przez osobisty udział tego podmiotu w realizacji zamówienia. Dopuszczono przy tym różne formy tego udziału, w zależności od specyfiki konkretnego zamówienia. Obecny wymóg zrealizowania części zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci tej części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia (vide: Marzena Jaworska (w.) Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją r.pr. Marzeny Jaworskiej, Wydawnictwo CH. Beck, Warszawa 2018, str. 186 195).”* (str. 34).

Przyjmując, że obowiązek faktycznego zrealizowania przez podmiot trzeci choćby części zamówienia może polegać nie tylko na realizacji jako podwykonawca, ale może także polegać na realizacji wspólnie z wykonawcą, podnieść należy, że wykonawca PAULA oświadczył w Ofercie (Formularzu ofertowym), że sam zamierza zrealizować zamówienie,

a nadto oświadczył (w JEDZ), że nie zamierza zlecić podwykonawstwa. Oznacza to, że nie tylko nie przewidział realizacji części zamówienia przez podmiot trzeci jako podwykonawcy, ale także jako podmiotu – jak określił to przystępujący w swoim piśmie z 30 grudnia 2020 r. – „współwykonującego” („Strony ustaliły, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że współpraca nie będzie odbywać się na zasadzie podwykonawstwa, natomiast jako współwykonywanie i pełne korzystanie z zasobów podmiotu udostępniającego.” – str. 5).

Uzupełniając dostrzec należy, w kontekście oceny przez zamawiającego dopuszczalności powoływania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego, że ustalenia wykonawcy z innym podmiotem mają znaczenie o tyle, o ile wykonawca w ogóle ujawni zamawiającemu zamiar korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, co w przedmiotowej sprawie, w szczególności w zakresie doświadczenia nie miało miejsca.

Dodatkowo zwraca uwagę fakt, że zamawiający we wzorze Formularza ofertowego w pkt. 6 przewidział samodzielną realizację zamówienia przez wykonawcę albo realizację w części podwykonawcy, co świadczyć może o tym, że w istocie zamawiający w SIWZ realizację stanowiących przedmiot zamówienia usług przewidział tylko, w przypadku korzystania z zasobu podmiotu trzeciego, na zasadzie

podwykonawstwa. Taki tylko dychotomiczny podział wynika z treści pkt. 6 Formularza ofertowego, co nie zostało zakwestionowane przez żadnego z wykonawców przed terminem składania ofert. Wykonawca PAULA skorzystał z opracowanego przez zamawiającego wzoru, nie modyfikując pkt. 6 tak, aby oddawał ujawniony przez wykonawcę PAULA, po wezwaniu zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamiar wspólnej realizacji zamówienia.

Na marginesie, w odniesieniu do eksponowanego przez zamawiającego i przystępującego wyroku KIO 835/20 skład orzekający Izby zaważa, na co wskazał już odwołujący w swoim dodatkowym stanowisku pisemnym (str. 2 pkt 3), że w postępowaniu, w odniesieniu do którego złożono rozpoznawane wówczas przez skład orzekający Izby odwołanie, wykonawca PAULA złożył zamawiającemu Gminie Kobierzyce wraz z ofertą – zobowiązanie podmiotu trzeciego, tj. S. F. – Zakład Usług Porządkowych

i Pielęgniacych S. F. („Zobowiązanie podmiotu trzeciego w tym postępowaniu w ofercie Odwołującej do udostępnienia zasobów i doświadczenia na rzecz Wykonawcy jest w całości prawidłowe” – str. 34 wyroku).

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko odwołującego co do tego, że zaakceptowanie zobowiązania podmiotu trzeciego po terminie składania ofert (niezależnie od tego, czy jego złożenia nastąpiłoby bez wezwania czy na wezwanie zamawiającego), wobec oświadczenia o samodzielnej realizacji przez wykonawcę PAULA zamówienia, bez polegania na potencjale „obcym”, stanowiłoby niedopuszczalną zmianę oferty po terminie składania ofert (art. 84 ust. 1 ustawy Pzp a contrario), ponieważ Formularz ofertowy „tworzył”

w przedmiotowym postępowaniu ofertę sensu stricte, w ramach której wykonawca zadeklarował sposób realizacji zamówienia, tj. istotny element wykonania przedmiotu zamówienia.

Warto w tym miejscu, za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 lipca 2018 r. sygn. akt KIO 1286/18, wskazać: *Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) pozwalają (art. 22a ust. 6) na zmianę podmiotu udostępniającego zasoby, jednak nie przewidują możliwości zmiany oświadczenia wykonawcy w zakresie, w jakim ten stwierdza w ofercie, że jest w stanie spełnić samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, a następnie wskazuje na zasoby podmiotu trzeciego. W przepisie tym bowiem stwierdza się, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby 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: (1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub (2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową. Przepis ten jednak winien być rozumiany jedynie jako jeden z wyjątków od zasady niezmienności oferty (sensu largo) i może być stosowany jedynie ściśle zgodnie z jego treścią. Tym samym nie podziela się stanowiska (...) co do możliwości zastąpienia na wezwanie zamawiającego własnego potencjału (np. doświadczenia) innym podmiotem, jeżeli nie wskazał innego podmiotu w ofercie, jako że taki kolejny wyjątek w ustawie nie jest przewidziany.*

Uwzględniając powyższe, stwierdzić należy, że wykonawca PAULA nie mógł, w celu wykazania spełnienia warunku doświadczenia powołać się na doświadczenie S. F. – Zakładu Usług Porządkowych i Pielęgniacych S. F., a tym samym, że nie wykazał, że spełnia ten warunek, co uzasadnia wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu.

Jednocześnie jednak wobec faktu, że wykonawca PAULA nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania, że spełnia warunek doświadczenia koniecznym jest wezwanie go do uzupełnienia dokumentu, który spełnienie warunku ma potwierdzać, tj. Wykazu wykonanych usług (wraz z dokumentami dotyczącymi należytego wykonania usługi/usług), co skład orzekający Izby nakazał. Bez znaczenia dla wywiązania się przez zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia Wykazu z zastosowaniem przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pozostaje prawdopodobieństwo co do tego, czy wykonawca PAULA jest w stanie złożyć Wykaz ujmujący doświadczenia własne skoro w postępowaniu, choć dopiero po terminie składania ofert, próbował oprzeć się na potencjale podmiotu trzeciego.

Zarzuty:

• zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PAULA pomimo, że w ofercie założył poleganie w zakresie warunków udziału dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia w 100% na zdolnościach podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgniacych S. F., a jednocześnie przewidział powierzenie temu podmiotowi do realizacji co najwyżej 50% zakresu zamówienia, czym zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

• zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy PAULA pomimo, że z uwagi na treść złożonego w toku postępowania zobowiązania podmiotu trzeciego Zakład Usług Porządkowych i Pielęgniacych S. F., nie udowodnił zamawiającemu, iż realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami ww. podmiotu trzeciego, a co za tym idzie, nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia, o których mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2) lit. c) SIWZ

nie potwierdziły się.

Niezależnie od tego, że odwołujący twierdził (zarzut wcześniejszy), że wykonawca PAULA na etapie składania ofert nie założył i nie może powoływać się na zasób podmiotu trzeciego, ponieważ nie przewidział tego w ofercie i JEDZ, stawiając ten zarzut błędnie przyjął (powielając błąd zamawiającego), że wykonawca PAULA założył w ofercie poleganie w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia na zdolnościach podmiotu trzeciego, o czym była mowa powyżej (w odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

W konsekwencji skład orzekający Izby uznał, że zarzut nie potwierdził się.

Rozważania dotyczące realności albo braku realności udostępnienia zasobu (rozważania w kontekście art. 24a ust. 4 ustawy Pzp) w sytuacji, gdy wykonawca PAULA

w ogóle nie może powoływać się na zasób jakiegokolwiek podmiotu trzeciego pozostają bezprzedmiotowe, a ewentualne uzgodnienia wykonawcy PAULA z innym podmiotem bez znaczenia.

Zarzut zaniechania wyboru oferty odwołującego pomimo, że w świetle ustanowionych

w postępowaniu kryteriów oceny ofert jest ofertą najkorzystniejszą spośród wszystkich złożonych w postępowaniu ofert niepodlegających odrzuceniu, czym zamawiający naruszył przepis art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji nakazania zamawiającemu wezwania wykonawcy PAULA do uzupełnienia Wykazu wykonanych usług w celu potwierdzenia, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

lub zawodowej stwierdzić należy, że wykonawca PAULA ma jeszcze szansę na wykazanie spełniania warunku doświadczenia, a tym samym, wobec wyższej oceny jego oferty w świetle przyjętych kryteriów oceny ofert, że jego oferta jest najkorzystniejsza, co tym samym oznacza, że oferta tego wykonawcy nie podlega odrzuceniu (art. 24 ust. 4 ustawy Pzp) i oferta odwołującego nie może być obecnie uznana za ofertą najkorzystniejszą.

Uzupełniając podnieść należy, że odwołujący nie był dotychczas wzywany w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp (wobec tego, że to nie jego oferta została uznana za najwyższej ocenioną), co oznacza, że także oferta odwołującego, w przypadku, gdyby odwołujący nie wykazał po wezwaniu ww. okoliczności, ostatecznie zostałaby odrzucona.

Brak jest zatem obecnie podstaw, aby dokonać wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej, a tym samym brak podstaw do przypisania zamawiającemu wskazanych przez odwołującego naruszeń. Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. b) 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:.....