Sygn. akt: KIO 306/20

WYROK

z dnia 28 lutego 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 26 lutego 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 lutego 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Terra Amica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce (pełnomocnik), Prospreco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brodnicy

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Terra Amica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce (pełnomocnik), Prospreco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie Terra Amica spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Ostrołęce (pełnomocnik), Prospreco Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 306/20

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Brodnicy - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Rekultywacja

odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne przy ulicy ustronie 20C w Brodnicy".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 listopada 2019 roku pod numerem 619202-N-2019.

14 lutego 2020 roku działając na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 i 2 pkt 3 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa") Odwołujący wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu w dniu 10 lutego 2020 roku polegających na:

1) niezgodnym z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy wykluczeniu Odwołującego,

2) niezgodnym z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu Rekultywację odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne przy ulicy Ustronie 20C w Brodnicy (dalej: Postępowanie).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy wykluczenie Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, pomimo niezaktualizowania się przewidzianej we wskazanym przepisie przesłanki, oraz wybór oferty wykonawców Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych w Lipnie sp. z o.o. (lider), Eco-speed sp. z o.o. w Brodnicy (konsorcjant) - jako najkorzystniejszej, pomimo że, w świetle pkt XIV SIWZ nie przysługują jej atrybuty o których mowa w 2 pkt 5 ustawy, co skutkuje niezgodnością czynności Zamawiającego z art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 3 ustawy.

Odwołujący podał, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy „z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia".

Przywołując w ww. zakresie uzasadnienie sformułowane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 10 lutego 2020 r. (nr 143/UO/2020), wskazał, że Zamawiający upatruje zasadności wykluczenia Odwołującego na ww. podstawie prawnej w tym, że „wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu" powołując się na następujące okoliczności:

1. „z uwagi na brak wykazania w pierwotnie złożonej ofercie, podmiotu na którego wykonawca się powoływał w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, wykonawca nie mógł następnie powołać się na potencjał podmiotu trzeciego, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia, natomiast sam ich nie spełniał", (s. 6),

2. „w przedmiotowym postępowaniu wykonawca nie wykazał by podmiot na którego potencjał się powołuje będzie wykonywał w ramach przedmiotowego postępowania jakiekolwiek roboty budowlane a w szczególności roboty polegające na przemieszczaniu mas ziemnych, np. wymiana gruntów, niwelacja terenu, profilowanie terenu, wykonywanie nasypów, skarpowanie czyli de facto że podwykonawca wykona rekultywację, pomimo takiego obowiązku wynikającego z w/cyt przepisu" (s.7).

Odwołujący kwestionuje zgodność ww. czynności Zamawiającego z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, albowiem sformułowane przez Zamawiającego ustalenia nie pozostają w zgodności z zaistniałym stanem faktycznym. Błędne ustalenia w zakresie stanu faktycznego bezpośrednio wpłynęły na wadliwą subsumpcję względem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy. Odwołujący już w pierwotnej ofercie złożył skuteczne oświadczenie o powołaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Zgodnie z pkt VII ust. 2 pkt 6 SIWZ dokumenty potwierdzające dysponowanie „niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów", są przedstawiane na wezwanie Zamawiającego. Wraz z upływem terminu składania ofert ww. postanowienie SIWZ jest wiążące zarówno dla Odwołującego jak i Zamawiającego.

Odwołujący kwestionował również niewykazanie realnego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego, w zakresie doświadczenia. Zamawiający w sposób nieuzasadniony wywodzi z art. 22a ust. 4 ustawy, iż jedyną prawnie dopuszczalną formą realnego

udostępnienia doświadczenia podmiotu trzeciego w Postępowaniu, jest umowa podwykonawcza realizacji prac rekultywacyjnych, w szczególności wykonywania robót polegających „na przemieszczaniu mas ziemnych, np. wymiana gruntów, niwelacja terenu, profilowanie terenu, wykonywanie nasypów". Powyższe ograniczenie nie wynika ani z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy ani z treści SIWZ. Zgodnie z art. 22a ust. 3 ustawy udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w postaci doświadczenia wymaga by podmiot „realizował roboty budowlane lub usługi, do których te zdolności są wymagane" Przywołany przepis nie ogranicza podstaw współpracy Odwołującego z podmiotem trzecim do podwykonawstwa.

Zgodnie z art. 2 pkt 5 ustawy najkorzystniejszą ofertą, jest oferta która przedstawia „najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego'" a w myśl art. 91 ust. 1 ustawy Zamawiający obowiązany jest dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej „na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy oraz pkt XIV SIWZ skutkuje niezgodnością czynności Zamawiającego z art. 7 ust. 3

ustawy przewidującego, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy".

Dokonanie wyboru oferty wykonawców Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych w Lipnie sp. z o.o., z siedzibą w Lipnie (lider), Eco-speed sp. z o.o., z siedzibą w Brodnicy (konsorcjant) - jako najkorzystniejszej, narusza ww. przepisy albowiem w świetle pkt XIV SIWZ, nie uzyskała ona największej ilości punktów (nie zawierała najkorzystniejszych warunków transakcyjno-kontraktowych w myśl pkt XIV SIWZ). Oferta ww. wykonawcy plasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert najkorzystniejszych. Największą ilość punktów powinna uzyskać oferta Odwołującego. O powyższym świadczy zestawienie zaoferowanych w Postępowaniu warunków transakcyjno-kontraktowych zamieszczone w informacji po otwarciu ofert z dnia 4 grudnia 2019 r. W konsekwencji, zgodnie z dyspozycją art. 91 ust. 1 ustawy oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Dokonanie wyboru oferty ww. wykonawcy jako najkorzystniejszej narusza art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy oraz art. 7 ust. 3 ustawy.

Odwołujący podał, że uwzględniając powyższe Zamawiający swoimi czynnościami naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12; art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy oraz art. 7 ust. 3 ustawy. Odwołujący wniósł o:

1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego podjętej dnia 10 lutego 2020 r.

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej podjętej dnia 10 lutego 2020 r.

3) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia oceny ofert, uwzględniającej ofertę

Odwołującego,

4) nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podał, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy. Wykluczenie Odwołującego, skutkujące z mocy prawa odrzuceniem złożonej przez niego oferty, a która zgodnie z art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy i pkt XIV SIWZ, powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza w sposób bezpośredni narusza interes Odwołującego. Niezgodne z przepisami ustawy czynności Zamawiającego, kwestionowane niniejszym odwołaniem, stanowią jedyną przeszkodę w uzyskaniu przez Odwołującego zamówienia. Niezgodne z przepisami ustawy nieudzielenie Odwołującemu zamówienia skutkuje powstaniem po jego stronie szkody, materializującej się w nieosiągnięciu korzyści, w tym finansowych, wynikających z realizacji zamówienia. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął dnia 10 lutego 2020 r. z informacji przesłanych przez Zamawiającego za pośrednictwem poczty e-mail (pismo nr 143/UO/2020 i pismo nr 145/UE/2020). Zważając na powyższe termin na wniesienie odwołania wynikający z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy został zachowany.

<u>W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał:</u>

I. W zakresie czynności wykluczenia Odwołującego, podniósł Odwołujący,

że narusza ona art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy albowiem Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu i okoliczność tę wykazał w sposób zgodny z przepisami ustawy oraz treścią SIWZ.

Zamawiający w pkt V ust. 3. 1) SIWZ sformułował warunek udziału w Postępowaniu, w zakresie zdolności zawodowej zgodnie z którym:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali należycie zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończyli co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na rekultywacji składowiska odpadów innych niż niebezpieczne obejmującą między innymi roboty ziemne polegające na przemieszczaniu mas ziemnych, np. wymiana gruntów, niwelacja terenu, profilowanie terenu, wykonywanie nasypów, skarpowanie, o powierzchni łącznej co najmniej 0,50 ha, na kwotę minimum 200.000,00 zł netto.".

Spełnienie ww. warunku, zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy, może nastąpić przez poleganie na zdolnościach zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podmiotem trzecim. Wykazanie powyższego, tj. dysponowania zdolnością podmiotu trzeciego jak również tego, że potencjał ten jest wystarczający dla spełnienia postawionych warunków następuje przez złożenie odpowiednich dokumentów, w trybie i na zasadach przewidzianych w SIWZ.

Zgodnie z pkt VII ust. 1 SIWZ „do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert: Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu”.

Pozostałe oświadczenia i dokumenty, zgodnie z pkt VII ust. 2 i 3 SIWZ, wykonawca obowiązany jest złożyć na wezwanie Zamawiającego. W zakresie dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego wymieniono m.in.:

„W celu oceny czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający może żądać dokumentów, które określają w szczególności:

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

d) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą. ”

(pkt VII ust. 2 pkt 6 SIWZ) oraz

„Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w p-cie VII2. 1)-4)” (pkt VII ust. 2 pkt 7 SIWZ).

Wyartykułowane w pkt VII ust. 2 pkt 6 SIWZ typy dokumentów, zostały wskazane wprost za § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający do wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i stanowią one tzw. zobowiązanie podmiotu trzeciego o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy.

Żądanie Zamawiającego o którym mowa w pkt VII ust. 2 i 3 SIWZ, co do zasady, wyrażane jest w procedurze o której mowa w pkt VII ust. 4 pkt 2 SIWZ (odpowiadającego treści art. 26 ust. 2 ustawy), tj. wezwania wykonawcy, „do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (niepodleganie wykluczeniu oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu).”.

Przedmiotowym wezwaniem było wezwanie z dnia 13 grudnia 2019 r., nr 1165/UO/2019. Przywołane postanowienia SIWZ wprost określają zdarzenie, którego zaistnienie zaktualizowało obowiązek złożenia przez Odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego -

wezwanie Zamawiającego. Nie sposób zatem, ze zgodnego z zapisami SIWZ zachowania Odwołującego wywodzić dla niego negatywnych konsekwencji prawnych, w tym przypisywać mu „powołania się na potencjał podmiotu trzeciego" dopiero w momencie przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego (na wezwanie Zamawiającego - zgodnie z SIWZ). Odwołujący ujawnił Zamawiającemu, okoliczność powołania się na zasób podmiotu trzeciego w terminie składania ofert. Powyższe nastąpiło przez Terra Amica sp. z o.o. sp. k. oświadczenia, w załączniku nr 4a do SIWZ. Skuteczność złożenia oświadczenia uzależniona jest od prawidłowości złożenia podpisu przez osobę uprawnioną. Powyższe nie może być negowane przedłożeniem przez Odwołującego zobowiązania w terminie wyznaczonym w SIWZ, tj. na wezwanie Zamawiającego a nie wraz z ofertą.

W szczególności należy podkreślić, że z dokumentów złożonych Zamawiającemu wprost i w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że Odwołujący dysponował zasobem podmiotu trzeciego już w terminie składania ofert. Powyższe ukazuje data w której Pro-Inż. P. G. zobowiązał się do udostępnienia Odwołującemu doświadczenia (19 listopada 2019 r., a więc na 3 dni przed upływem terminu składania ofert).

Skuteczność powołania się przez Odwołującego na potencjał podmiotu trzeciego (doświadczenia) nie była kwestionowana przez Zamawiającego, który dnia 3 stycznia 2020 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia pkt 3 oświadczenia (zobowiązania podmiotu trzeciego) określającego zakres uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, „w szczególności poprzez wskazanie jakie czynności będzie wykonywał Pro-Inż. P. G. w zakresie robót budowlanych". Zamawiający w ww. piśmie jedynie zawnioskował o „wyjaśnienie rozbieżności[1]," polegającej na tym, że „w załączniku nr 4 w zakresie oświadczenie dotyczące podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca nie wpisał nazwy podmiotu na którego zasoby powołuje się w niniejszym postępowaniu, natomiast po wezwaniu z dnia 13 grudnia 2019 r. Wykonawca dostarczył zamawiającemu dokumenty z których wynika, że powołuje się na zasoby podwykonawcy Pro-Inż P. G. w zakresie wiedzy i doświadczenia".

Zamawiający, po otrzymaniu wyjaśnień Odwołującego, zmienił sposób interpretacji postanowień SIWZ, wzywając pismem z dnia 20 stycznia 2020 r. do „uzupełnienia (...) dokumentów o których mowa poniżej w celu wykazania, że wykonawca spełnia osobiście lub w ramach konsorcjum warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej".

W zakresie skuteczności złożenia oświadczenia o powołaniu się na potencjał podmiotu trzeciego Odwołujący podnosi, że powyższe nastąpiło poprzez złożenie oświadczenia w formularzu nr 4a, stanowiącym załącznik do oferty Odwołującego. Zgodnie z art. 78 § 1 K.c., który znajduje zastosowanie mocą art. 14 ust. 1 P.z.p. „do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli.". Odwołujący prawidłowo podpisał sformułowany w formularzu nr 4a projekt oświadczenia, czym skutecznie złożył oświadczenie o przedmiotowej treści. Niewskazanie na skutek omyłki, w treści oświadczenia danych identyfikujących podmiot trzeci, nie wpływa na skuteczność oświadczenia Odwołującego (tj. wskazania, że powołuje się na potencjał podmiotu trzeciego).

Zważając na powyższe oświadczenie Odwołującego w ww. zakresie podlega sanowaniu, w trybie i na zasadach art. 26 ust. 3 ustawy (uzupełnienie dokumentu). Wbrew stanowisku Zamawiającego, wskazana procedura sanacyjna, polegająca na uzupełnieniu danych identyfikacyjnych podmiotu trzeciego, nie jest tożsama z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego, po upływie terminu składania ofert. Jej zastosowanie nie skutkuje również „przekazaniem nowego dokumentu" w myśl wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r.,

C-387/14, Esaprojekt (Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta). Procedura sanacyjna, skutkuje wyłącznie uzupełnieniem oświadczenia o wskazanie danych identyfikacyjnych, które w wyniku omyłki, nie zostały wskazane w oświadczeniu, zachowującym swoją moc i wywołującym prawem przewidziane skutki (jest to procedura „uzupełnienia" dokumentu a nie „złożenia" - które wyraźnie wyodrębnia art. 26 ust. 3 ustawy).

Uwzględniając, że zgodnie z art. 22a ust. 6 pkt 1 ustawy, w procedurze przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy, istnieje możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem (podmiotami), na co wskazuje m.in.: wyrok KIO z dnia 19 listopada 2018 r., KIO 2114/18; KIO 2130/18, w którym Izba wskazała, że z art. 22a ust. 6 P.z.p. „wynika (...) zasada dopuszczalności zmiany w zakresie wskazanego przez wykonawcę podmiotu trzeciego na

inny podmiot lub samego wykonawcę - w odniesieniu do wykazywania spełnienia określonego warunku udziału w postępowaniu; wyrok KIO z dnia 3 września 2018 r., KIO 1643/18, w którym Izba uznała, że „przepis art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. daje wprost możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie prowadzonej przez Zamawiającego procedury weryfikującej posiadanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności", oraz stanowisko Prezesa UZP wyrażone w opinii „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych" oraz interpretacji wydajne na wniosek Centrum Unijnych Projektów Transportowych, dnia 20 marca 2019 r. - w załączniku wraz z wnioskiem o wydanie opinii (://www.cupt.gov.pl/images/AgaM/Opinia Urz%C4%99du Zam%C3%B3wie%C5%84 Publicznvch.pdf). W Opinii z dnia 20 marca 2019 r. wskazano, że „zauważyć należy, iż art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE nie wskazuje sposobu zastąpienia podmiotu trzeciego. (...) Jednocześnie, nie sposób odmówić wykonawcy prawa do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, które miałyby być z jego pomocą spełnione lub zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia. Zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem (podmiotami) nie stanowi zmiany sposobu wykonania zamówienia, jeżeli wykonawca już w ofercie deklarował, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego." to stosując regułę inferencyjną argumentum a maiori ad minus należy dopuścić możliwość uzupełnienia oświadczenia Odwołującego o wskazanie danych identyfikujących podmiot trzeci.

Wskazanie danych identyfikujących podmiot trzeci, nie stanowi elementu konstytutywnego oświadczenia o poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego - skoro istnieje możliwość skutecznego i zgodnego z ustawą zastąpienie go innym podmiotem. Poprzez zmianę podmiotu trzeciego, wskazanego w oświadczeniu, następuje modyfikacja podmiotowa oświadczenia pierwotnego (dołączonego do oferty), a nie złożenie zupełnie nowego oświadczenia (taka sytuacja ma miejsce, gdy oświadczenie składane jest po terminie składania ofert i do niej odwołał się TSUE w wyroku z dnia 4 maja 2017 r., C-387/14, Esaprojekt).

Elementem konstruującym analizowane oświadczenie, jest wyrażenie zamiaru powołania się na zasoby podmiotu trzeciego. Takie oświadczenie zostało skutecznie złożone przez Odwołującego w terminie składania ofert.

W konsekwencji oświadczenie Odwołującego, sformułowane w załączniku nr 4a do oferty, podlegało sanowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Stosowne oświadczenie Odwołujący złożył Zamawiającemu, w załączeniu do wyjaśnień z dnia 22 stycznia 2020 r.

W zakresie w jakim Zamawiający uzasadnia czynność wykluczenia Odwołującego, niewykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu z powołaniem na potencjał podmiotu trzeciego, Odwołujący podniósł, że przepis art. 22a ust. 4 ustawy (wiernie powtórzony w pkt VII ust. 4 pkt 6 SIWZ) nie wyraża wymogu, by podmiot trzeci na doświadczenie, którego powołuje się Odwołujący, musiał zostać podwykonawcą robót. Taki wymóg, w uzasadnieniu wykluczenia wykonawcy, podnosi Zamawiający („czyli de facto że podwykonawca wykona rekultywację, pomimo takiego obowiązku wynikającego z w/cyt przepisu").

Wskazany przepis wprost wskazuje na konieczność zapewnienia udziału podmiotu trzeciego w realizacji robót do realizacji, których te zdolności są wymagane. Powyższe, w świetle orzecznictwa KIO, nie musi sprowadzać się do podwykonawstwa. We wskazanym zakresie wystarczy przywołać następujące orzeczenia KIO: wyrok z dnia 15 stycznia 2020 r., KIO 2659/19, wyrok KIO z dnia 10 lipca 2019 r., KIO 1162/19, wyrok KIO z dnia 20 lipca 2018 r., KIO 1336/18.

Uzupełniająco, w kontekście powyższego, wskazał Odwołujący, że realizowanie robót, nie może być postrzegane w sposób zawężający - wyłącznie w warstwie czynności wykonawczych, lecz musi być postrzegane szerzej jako przeprowadzenie procesu robót. Odmienne spojrzenie nakazywałoby przyjąć, że kierownik budowy czy inspektor nadzoru inwestorskiego nie uczestniczą w realizacji „robót". Jeżeli zamiarem Zamawiającego byłoby weryfikowanie, tak rozumianego doświadczenia (postrzeganego jako faktyczne zrealizowanie czynności stricte wykonawczych) to wymóg sformułowany zostałby względem osób „skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia". To bowiem osoby wykonują tak rozumiane czynności wykonawcze a nie przedsiębiorca (wykonawca) uzyskują takie doświadczenie. Zważając na sposób sformułowania warunku, należy uznać, że służy

on zapewnieniu, by wybrany wykonawca (podmiot rynkowy), gwarantował odpowiednie zorganizowanie inwestycji, dobór odpowiednich metod i narzędzi, zapewnienie odpowiedniej kadry (w tym w sposób bezpośredni zatrudnionej) koordynowanie prac, rozwiązywanie bieżących i strategicznych problemów powstałych w toku wykonania zamówienia itp. Powyższe zostało zagwarantowane udziałem Pro-Inż P. G. w realizowaniu robót będących przedmiotem zamówienia. Przywołując we wskazanym zakresie treść zobowiązania Pro-Inż

P. G. z dnia 27 listopada 2019 r. jak również wyjaśnień Odwołującego, z dnia 7 stycznia 2020 r., należy wskazać, że realizacja w trakcie zamówienia, następujących

wyszczególnionych robót:

1) bieżące i stałe (przez okres trwania stosownych prac) konsultowanie, doradztwo, koordynacje i współkierownictwo przy sporządzaniu i aktualizacji harmonogramu i przebiegu wykonania prac rekultywacyjnych, w tym w zakresie doboru i zastosowania odpowiednich rozwiązań, metod, sprzętu itp.; terminu i kolejności wykonywania prac itp.;

2) współpracę przy organizacji i koordynacji prac osób wykonujących czynności w ramach prac rekultywacyjnych;

3) kierowanie zaleceń w zakresie sposobu, terminu i metody realizacji prac rekultywacyjnych oraz współuczestniczenie w sporządzaniu dokumentacji zrealizowanych prac rekultywacyjnych;

4) weryfikację przebiegu poszczególnych etapów prac rekultywacyjnych, w tym pod kątem zgodności z przedmiotową dokumentacją,

5) systematyczną ocenę przebiegu prac rekultywacyjnych i ewentualne formułowanie rekomendacji w zakresie modyfikacji sposobu, metody, terminu realizacji prac, konieczności ponowienia czynności itp.

6) rozwiązywanie sytuacji problemowych, awaryjnych i krytycznych związanych z realizacją prac rekultywacyjnych, jak również ograniczenie ich negatywnych następstw dla procesu realizacji zamówienia,

7) doradztwo w zastosowaniu i wdrażaniu rozwiązań alternatywnych, w przypadku zaistnienia okoliczności wpływających dezaktualizująco na przyjęte sposobu, metody realizacji prac rekultywacyjnych,

- skutkuje wypełnieniem dyspozycji art. 22a ust. 4 ustawy albowiem podmiot trzeci będzie wspólnie z Odwołującym realizował zamówienie. We wskazanym zakresie można przywołać m.in. wyrok KIO z dnia 17 stycznia 2020 r., KIO 2658/19.

Zważając na powyższe czynność Zamawiającego z dnia 10 lutego 2020 r. polegająca na wykluczeniu Odwołującego została podjęta z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

II. W zakresie czynności wyboru oferty wykonawców Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych w Lipnie sp. z o.o. oraz Eco-speed sp. z o.o. - jako oferty najkorzystniejszej, podniósł Odwołujący, że narusza ona art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 pkt 5 ustawy i art. 7 ust. 3 ustawy albowiem oferta wskazanego wykonawcy nie uzyskała największej ilości punktów, spośród ofert złożonych w Postępowaniu.

Zgodnie z pkt XIV SIWZ kryteriami wyboru oferty najkorzystniejszej oferty są: 1) cena (z VAT) - znaczenie kryterium - 60%; 2) okres gwarancji na wykonane prace - znaczenie kryterium - 40%.

Uwzględniając treść „informacji z otwarcia ofert", w tym zaproponowanych przez wykonawców warunków transkacyjno-kontraktowych, ww. oferta plasuje się na drugim miejscu w rankingu. Ofertą korzystniejszą od oferty wykonawcy jest oferta Odwołującego. Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 10 lutego 2020 r. (nr 145/UE/2020) Zamawiający dokonał wyboru ww. oferty m.in. dlatego, że nie podlega ona odrzuceniu. A contrario oferta Odwołującego nie została wybrana jako najkorzystniejsza ze względu na podjęcie czynności wykluczenia Odwołującego, skutkującej z mocy art. 24 ust. 4 ustawy uznaniem złożonej przez Odwołującej oferty za odrzuconą. Zważając na powyższe, Odwołujący podnosi, że unieważnienie niezgodnej z przepisami czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z powołaniem na art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, wywołuje konieczność unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, ponowienia oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Strony Odwołującej postępowania oraz uczestnika postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Strony i uczestnika postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 lutego 2020 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Strony na posiedzeniu.

II.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

III.

Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy - Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przed Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Mając na uwadze, że stosunki z zakresu prawa zamówień publicznych mają charakter cywilnoprawny, powołując w tym miejscu na regulację art. 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku - Kodeks cywilny, zgodnie z którym kodeks reguluje stosunki cywilnoprawne między osobami fizycznymi i osobami prawnymi, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego, który stanowi, że ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, że właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).

Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe.

Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji

tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

IV.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, w skład których zgodnie z par. 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2018 roku w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2018 r. poz. 1092) wchodzą odwołanie wraz z załącznikami oraz kopia dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma przekazywane przez Izbę w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba uwzględniała stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w piśmie z dnia 26 lutego 2020 roku „Odpowiedź na odwołanie", które zostało złożone przez Zamawiającego na posiedzeniu z udziałem Stron.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone przez Odwołującego w trakcie rozprawy:

- Dowód nr 1 - wydruk standardowego formularz Jednolitego Europejskiego

Dokumentu Zamówienia

V.

<u>W zakresie zarzutów odwołania:</u>

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postepowania o udzielenie zamówienia publicznego - <u>Izba uznała zarzut za</u> niezasadny.

Na wstępie Izba wskazuje, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

(1) nie podlegają wykluczeniu;

(2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeni do potwierdzenia zainteresowania.

Warunki udziału w postępowaniu, o czym stanowi art. 22 ust. 1b ustawy mogą dotyczyć: (1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; (2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; (3) zdolności technicznej lub zawodowej. Z kolei, zgodnie z dyspozycją art. 22a ustawy 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 nim stosunków prawnych.

Wykonawca polegając 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. W toku

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego 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.

Zaznaczenia wymaga także, że ustawodawca wprowadził również dodatkowy warunek w odniesieniu do zamówień polegających na realizacji robót budowlanych lub usług stwierdzając, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolność innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Podobnego zastrzeżenia, co należy podkreślić, ustawodawca nie zawarł w odniesieniu do zamówień polegających na dostawie.

Odnosząc się do podnoszonej przez Odwołującego argumentacji, budowanej w oparciu o orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, które - co również należy mieć na uwadze - wydane było w oparciu o inny stan prawny (tj. sprzed nowelizacji z 2016 r., którą dodano właśnie art. 22a ustawy), w odniesieniu do przedmiotowej sprawy odwoławczej, należy w szczególności zaznaczyć, że ww. orzeczeniu inny podmiot był wskazany w JEDZ-u, a kwestionowano doświadczenie, które było wskazane dla tego podmiotu.

Możliwość uzupełnienia dokumentu składanego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu została wprost wskazana w tym orzeczeniu poprzez odesłanie do art. 51 dyrektywy 2004/18, zawierającego delegację dla instytucji zamawiającej wezwania wykonawcy do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45-50 lub o ich wyjaśnienie. W art. 48 dyrektywy opisane zostały środki, które mogą stanowić dowód możliwości technicznych, w tym między innymi wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców, publicznych lub prywatnych (...). Udzieloną odpowiedź Trybunału należy analizować w kontekście zadanego pytania, które zostało opisane w motywie 30 przez wskazanie na dopuszczalność powoływania się przez wykonawcę - gdy uzupełnia on na wniosek instytucji zamawiającej dokumenty - na dostawy inne niż te, które wskazał on w swojej pierwotnej ofercie, oraz możliwości powoływania się przez owego wykonawcę w tym względzie na zamówienia zrealizowane przez inny podmiot, na którego zasoby nie powołał się on w pierwotnej ofercie. Tej kwestii dotyczyło pytanie pierwsze na które udzielił odpowiedzi Trybunału odnosząc się faktycznie do możliwości przedłożenia dokumentu, którego nie zawierała oferta takiego jak umowa w sprawie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. Trybunał uznał, co należy podkreślić w kontekście rozpoznawanej sprawy odwoławczej, że powołanie się na podmiot trzeci i dokumenty dotyczące jego sytuacji (których nie było w ofercie) stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty (motyw 42). Takie uzupełnienie dokumentów warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie publiczne oraz wpływa na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie Odwołujący twierdził, że Zamawiający dokonał błędnych ustaleń w zakresie stanu faktycznego, a to miało wpływ na wadliwą subsumpcję względem art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy.

W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo ustalił stan faktyczny i dokonał właściwej subsumcji stanu faktycznego do art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy, bowiem Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia.

W istocie, stan faktyczny sprawy istotny dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania dotyczy ustalenia tego, że w ofercie Odwołujący przedstawił wymagany załącznik 4a do SIWZ (do takiego bowiem referuje odwołanie), zgodnie z rozdziałem VII SIWZ. W treści tego załącznika, w zakresie objętym zarzutem odwołania, wykonawca miał podać „informacje w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów", gdzie wykonawca miał oświadczyć, że „w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postepowaniu, określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polega na zasobach następującego/ych podmioutu/ów:". W tym miejscu miał podać podmiot (nazwę), a następnie oświadczyć, że polegać będzie na tych zasobach „w następującym zakresie" i miał „określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu".

Izba ustaliła, tak samo jak i Zamawiający, że w treści załącznika nr 4a Odwołujący

w wymaganym, a wskazanym wyżej zakresie nie podał żadnych informacji. Izba zaznacza, że w nie zostały wypełnione przez Odwołującego puste miejsca oświadczenia składanego na druku przygotowanym przez Zamawiającego. Natomiast należy zaznaczyć, że Odwołujący złożył pod ww. oświadczeniem podpis.

Izba nie podzieliła stanowiska prezentowanego przez Odwołującego oraz uznała, że nie można uznać, że zostało złożenie Zamawiającemu oświadczenie, a tym samym uznać w sposób niebudzący wątpliwości, że Odwołujący dysponował zasobem innych podmiotów już w terminie składania ofert. W ocenie Izby w rozpoznawanej sprawie Odwołujący zapewne nie złożył oświadczenia o powołaniu się na zasoby innego wykonawcy. Brak podania informacji na temat tego wykonawcy, jak również zakresu w jakim dysponuje tymi zasobami uniemożliwia uznanie, że wykonawca złożył takie oświadczenie. Należy odpowiedzieć na pytanie: czy dla skuteczności złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innych podmiotów (ewentualnie dla jego wyjaśnienia czy uzupełnienia), w zakresie jakiego wymagał Zamawiający, wystarczające jest podpisanie przez wykonawcę druku przygotowanego przez Zamawiającego bez jego uzupełnienia. W rozpoznawanym przypadku, w ocenie Izby mamy do czynienia z brakiem złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innych podmiotów, bowiem, samego oświadczenia nie można - mając na uwadze obowiązek wykazania, udowodnienia Zamawiającemu dysponowania - sprowadzić do złożenia podpisu w druku, który nie został przez składającego oświadczenie uzupełniony o wymagane treści. W ocenie Izby, w rozpoznawanej sprawie Odwołujący składając z ofertą druk załącznika nr 4a nie wykazał, że spełni warunki udziału w postępowaniu określonych w SIWZ polegając na zasobach innych podmiotów w określonym zakresie.

W ocenie Izby, tak podpisane oświadczenie w załączniku nr 4a w zasadzie stanowi o złożeniu przeciwnego, do wskazywanego przez Odwołującego oświadczenia - a mianowicie, takie oświadczenie należy ocenić i traktować jako oświadczenie o niepowoływaniu się na zasoby innych podmiotów. Potwierdza taki sposób oceny złożonego w załączniku nr 4a oświadczenia, fakt złożenia również tylko podpisu w załączniku nr 4 (co wynika z dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego złożonej przez Zamawiającego, a stanowiącej akta sprawy odwoławczej): po pierwsze - w odniesieniu do podmiotu, na którego zasoby powołuje się wykonawca, które nie zostało uzupełnione o dane podmiotu (nazwa/firma dane identyfikujące), co ponownie w ocenie Izby potwierdza, że Odwołujący na etapie składania oferty nie powoływał się na zasoby innego wykonawcy. Po drugie - Odwołujący podpisał również oświadczenie dotyczące podwykonawcy niebędącego podmiotem, na zasoby którego powołuje się wykonawca, także nie wskazując nazwy ani innych danych tego podmiotu. Podpisanie przez Odwołującego ww. załączników w poszczególnych miejscach tych załączników, bez jednoczesnego podania identyfikujących a wymaganych przez Zamawiającego danych nie może być uznane za złożenie oświadczenia o określonych treściach - takich jak potwierdzające dane dysponowanie potencjałem czy też potwierdzające udział podwykonawcy.

Izba wskazuje, że za pismem z dnia 16 grudnia 2019 roku Odwołujący złożył Zobowiązanie podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zadania, zgodnie z załącznikiem nr 6 do SWIZ. Tym samym uczynił to dopiero po terminie składania ofert. Odwołujący wskazał, ze wymóg złożenia ww. oświadczenia na etapie wezwania do złożenia dokumentów (pkt VII ust. 2 pkt 6 SWIZ) Zamawiający zawarł w SWIZ i nie wymagał go wcześniej. Izba zaznacza w tym miejscu, że art. 22a ust. 2 ustawy jest artykułem dyspozytywnym dla wykonawcy - co oznacza, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, udowodnienia, i to już na etapie oferty, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów. Ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielnie zamówienia, również przy pomocy doświadczenia innego podmiotu tak jak ma to miejsce w rozpoznawanym przypadku, następuje na etapie wstępnych oświadczeń. Wtedy też wykonawca powinien, zgodnie z obowiązującymi przepisami udowodnić dysponowanie tymi zasobami.

Przekonującą (i powszechnie przyjętą) w tym zakresie wykładnię przepisów prawa zamówień publicznych zaprezentował Prezes UZP w opinii pt. "Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp" (zamieszczonej na stronie internetowej uzp.gov.pl w zakładce "Baza wiedzy"). Zgodnie z powyższa opinią argumentowano, że zobowiązanie podmiotu trzeciego obligatoryjnie załączone być musi do oferty wykonawcy i wskazano: „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 postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenie 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 postepowaniu 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".

Wyżej wskazana wykładania pozwala w sposób jednoznaczny wyjaśnić, że wstępne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nastąpić powinno łącznie, tj. przez pryzmat wstępnych oświadczeń o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu i zobowiązaniu podmiotu trzeciego. W rozpoznawanej sprawie odwoławczej Odwołujący nie złożył skutecznego oświadczenia w załączniku nr 4a - jak wskazała Izba, w zasadzie oświadczył, że nie będzie korzystał z potencjału innego podmiotu do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu - również nie przedstawił wraz z ofertą żadenego dokumentu, który potwierdzałby udostępnienie potencjału innego podmiotu wykonawcy, choć jednoznacznie wynika to z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (art. 22a ust. 2 ustawy) jak również zostało jednoznacznie wskazane w SIWZ. Zgodnie z pkt VII ust. 4 ppkt 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". Wymaga podkreślenia, że to na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia tego oddania potencjału do dysponowania na potrzeby wykonania zamówienia.

Brak przedstawienia przez wykonawcę odwołującego się wraz z ofertą jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego oddanie do dyspozycji zasobów przez inny podmiot, jak również brak podania w złożonych oświadczeniach jakichkolwiek informacji w tym zakresie powoduje, że przedstawienie informacji o podmiocie udostępniającym zasoby o terminie składania ofert należy uznać za działanie niezgodne z obowiązującymi regulacjami prawnymi i stanowiące niedopuszczalną prawem zmianę sposobu realizacji zamówienia dokonaną po terminie składania ofert (tak też ww. orzeczenie ETS).

Pomijając w tym miejscu kwestię sposobu uzupełnienia dokumentów samodzielnie przez wykonawcę czy to na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, która nie jest objęta zarzutami odwołania, wskazać należy, że w dokumentach przedstawionych Zamawiającemu za pismem z dnia 22 stycznia 2020 roku, Odwołujący załączył wypełniony załącznik nr 4 i 4a do SWIZ. Izba dostrzegła również, że w każdym z tych załączników została, w przypadku podmiotu na zasoby którego powołuje się Odwołujący, podana nazwa tego podmiotu, a w przypadku załącznika nr 4a również zakres udostępnienia zasobów. Tym samym dopiero na tym etapie postępowania o udzielnie zamówienia wykonawca złożył skuteczne oświadczenia, co uwzględniając złożenie oświadczenia podmiotu udostępniającego za pismem z 16 grudnia 2019 roku powoduje, że w złożonej ofercie nie zostały przedstawione żadne informacje wskazujące na korzystanie z potencjału innego podmiotu do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba dostrzegła również, że w załączniku nr 4 złożonym za pismem z dnia 22 stycznia 2020 roku Odwołujący nie zmienił wcześniej wskazanego w ofercie podpisu pod oświadczeniem dotyczącym podwykonawcy niebędącego podmiotem, na którego zasoby powołuje się wykonawca. Tym samym w ocenie Izby potwierdza to aktualność stanowiska Izby, że w ofercie przedstawiono odwrotne do wskazywanych na późniejszym etapie postępowania o udzielnie zamówienia oświadczenia. To znaczy w ofercie przestawiono oświadczenia o niekorzystaniu z zasobów innych podmiotów oraz nie przedstawiono za tym informacji związanych z poleganiem na zasobach podmiotów trzecich - tj. przedstawiono oświadczenie o niepowoływaniu się na te zasoby. Potwierdza to także złożenie oświadczenia o braku podwykonawcy, niebędącego podmiotem, na którego zasoby powołuje się wykonawca.

W realiach rozpoznawanej sprawy Zamawiający prawidłowo zidentyfikował bark powołania się przez Odwołującego przy wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na potencjał innego podmiotu. Zasadnie również w ocenie Izby uznał Zamawiający, że dopuszczenie na etapie po składaniu ofert informacji o korzystaniu przez Odwołującego z doświadczenia innego podmiotu (trzeciego) celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu stanowiłaby nieuprawnioną zmianę, bowiem na etapie składania ofert w ocenie Izby Odwołujący potwierdził samodzielnie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ (załącznik nr 4a).

Odwołujący w trakcie rozprawy wskazała na brak należytej staranności w działaniu Zamawiającego, w ocenie Izby to Odwołujący składając ofertę w postępowaniu nie dochował należytej staranności przy uwzględnieniu, że chciał posłużyć się potencjałem innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Informacje

podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienie publicznego składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWIZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru powadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 ustawy, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji Zamawiającemu należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. Sad Najwyższy w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość / powinność przewidywania odpowiednich następstw zachowania.” Jak wskazuje się w orzecznictwie, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

W powyższym kontekście Izba wskazuje również na brak wyjaśnienia przez Odwołującego na czym polegała „omyłka” - na jaką powołał się w odwołaniu Odwołujący, która skutkowała niepodaniem danych identyfikujących podmiot udostępniający swoje zasoby. Izba zaznacza, że nie został również podany zakres udostępnienia w załączniku nr 4a, co również nie została wyjaśnione przez Odwołującego. W ocenie Izby odwołanie się przez Odwołującego do „omyłki” potwierdza także brak złożenia oświadczenia o powołaniu się na zasoby innego podmiotu przy wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Natomiast samo wskazanie na omyłkę potwierdza przyjęte przez Izbę stanowisko, że doszło do złożenia przez Odwołującego odmiennego od oświadczenia tj. oświadczenia o niepowoływaniu się na zasoby innego podmiotu do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Izba wskazuje, że brak wskazania na etapie ofertowania korzystania przez Odwołującego z potencjału innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków zamówienia bezzasadną stanowi argumentację dotyczącą zakresu udziału tego podmiotu w realizacji zamówienia. Niemniej Izba wskazuje, że ustawodawca wprowadził warunek w odniesieniu do zamówień polegających na realizacji robót budowlanych lub usług stwierdzając, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolność innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane - art. 22a ust. 4 ustawy. Prowadzi to do wniosku, co ugruntowane jest już w orzecznictwie i doktrynie tematu, że podmiot udostępniający w rzeczywistości musi realizować roboty budowlane wchodzące w skład przedmiotu zamówienia, które wykazuje własnym doświadczeniem w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ww. przepis stanowi jasno, że podmiot udostępniający powinien wykonać roboty budowlane w zakresie, w jakim powołano się na jego doświadczenie, a brak zobowiązania do wykonania takich robót przekreśla uznanie warunku za spełniony.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust 1 ustawy przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest najkorzystniejszą w rozumieniu przepisów - Izba nie stwierdziła dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie innych, niż określone w SIWZ kryteriów oceny ofert. Odwołujący nie podniósł żadnych okoliczności faktycznych wskazujących na nieprawidłowość dokonania oceny ofert w kontekście ustalonych kryteriów oceny ofert, czyli zastosowania bądź niezastosowania przez Zamawiającego ustalonych kryteriów oceny ofert.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu - obowiązujące regulacje prawne są bardzo szczegółowe i nakładają na podmioty starające się o udzielenie zamówienia publicznego sztywną regulację postępowania, w zamian natomiast pozwalającą zawrzeć kontrakt

z podmiotem publicznym, czyli podmiotem istniejącym i gwarantującym wypłatę środków finansowych.

Izba zaznacza, że choć samo postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy - to odstąpienie od formalizmu nie może być utożsamiane z modyfikacją reguł postępowania określonych ustawą i wymaganiami SWIZ, a w konsekwencji prowadzić do wyboru w postępowaniu oferty, która nie jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego, które to sobie sam Zamawiający zdefiniował w dokumentacji postępowania. Każdy z wykonawców składających ofertę w postępowaniu chce wygrać zamówienie, chce zawrzeć kontrakt ale nie jest to wystarczającym uzasadnieniem dla sanowania błędów w ofercie jednego wykonawcy kosztem możliwości uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, bowiem naruszenie zasad (w tym art. 7 ust. 1 ustawy) określonych w ustawie zawsze należy odnosić do wszystkich podmiotów będących uczestnikami postępowania, bowiem wszystkich zasady te obowiązują.

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 2w sprawie

(Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: .....