

WYROK

z dnia 20 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 kwietnia 2020 r. przez wykonawcę E. T., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Kreator A. T., ul. Żabikowska 3b, 68-200 Żary w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Karny w Krzywańcu, 66-010

Nowogród Bobrzański

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę E. T., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą: Kreator A. T., ul. Żabikowska 3b, 68-200 Żary i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero

groszy) uiszczoną przez wykonawcę E. T., prowadzącą działalność gospodarczą pod

firmą: Kreator A. T., ul. Żabikowska 3b, 68-200 Żary 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 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Zielonej Górze.

Przewodniczący:

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zakład Karny w Krzywańcu, 66-010 Nowogród Bobrzański (dalej „zamawiający”) na „Poprawę efektywności energetycznej budynków zakładu karnego w Krzywańcu” wykonawca E. T., prowadząca

działalność gospodarczą pod firmą: Kreator A. T., ul. Żabikowska 3b, 68-200 Żary (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiocie badania i oceny przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania, badania i oceny ofert oraz unieważnienia postępowania, polegających na naruszeniu następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) [dalej „ustawa Pzp”]:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4, poprzez jego błędne zastosowanie oraz bezzasadne uznanie, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, albowiem w formularzu oferty nie wskazał, że współpraca z podmiotami udostępniającymi zasoby, na których zdolnościach odwołujący ma polegać, będzie mieć charakter podwykonawstwa, a co za tym idzie odwołujący winien podlegać wykluczeniu z postępowania,
2. art. 92 ust. 1 pkt 3, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie podania uzasadnienia wykluczenia odwołującego, w tym zaniechanie podania podstaw faktycznych uznania, iż udostępnienie zasobów przez odwołującego nie ma charakteru realnego,
3. art. 22 a ust. 4 w zw. z art. 22a ust. 1, poprzez błędne zastosowanie tych przepisów, w szczególności poprzez przyjęcie, że poleganie na zdolnościach technicznych innych podmiotów może nastąpić wyłącznie w postaci umowy o podwykonawstwo, zaś jakkolwiek inna podstawa prawna, w tym umowa o współpracy prowadzi do przyjęcia, iż udostępnienie zasobów nie będzie mieć charakteru realnego,
4. art. 93 ust. 1 pkt 1, poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, i w konsekwencji unieważnienie postępowania,
5. art. 90 ust. 1, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu,
6. art. 7 ust. 1 i 3, poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dowodów wskazanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w odwołaniu oraz nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności, polegających na:

1. badaniu i ocenie ofert,
2. wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty,
3. unieważnieniu postępowania,

a także o nakazanie zamawiającemu dokonania czynności:

1. ponownego badania przesłanek wykluczenia odwołującego z postępowania,
2. ponownego badania i oceny ofert w postępowaniu.

Dodatkowo wniósł o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, według norm przypisanych na podstawie przedłożonej faktury VAT.

Odwołujący podał, że zamawiający określił, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy którzy m.in.: wykażą, że spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1b ustawy Pzp dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. zastrzegł, że uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

1. w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, polegające na wykonaniu termomodernizacji budynków w skład których zostały wykonane następujące prace:
 - ocieplenie ścian,

- docieplenie dachów lub stropów albo stropodachów,
- wymiana stolarki okiennej lub drzwiowej,
- wymiana oświetlenia wewnętrznego tzn. wymiana punktów świetlnych,
- modernizację instalacji c.o. i c.w.u.,
- zainstalowaniu paneli fotowoltaicznych,
- zainstalowaniu pompy ciepła o łącznej wartości min. 6 000 000 zł brutto.

2. w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy, w tym okresie wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi, polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej obejmującej prace termomodernizacyjne o wartości min. 6 000 000 zł brutto każda. Wykonawca musi wykazać, że usługi te były lub są wykonywane należycie.

Podniósł, że zamawiający nie zastrzegł przy tym, że udział podmiotu udostępniającego zasoby, na którego zdolnościach i potencjale może polegać wykonawca, ma nastąpić w jakiegokolwiek wskazanej przez zamawiającego formie prawnej, w szczególności nie zastrzegł, iż ma być to umowa o podwykonawstwo.

Odwołujący, składając ofertę w pkt 6 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do Specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oświadczył, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na zdolnościach następujących podmiotów:

- S. W. Viessmann Sp. z o.o. z Wrocławia - zainstalowanie pompy ciepła o łącznej wartości min. 6 mln zł,
- OZEnergia Sp. z o.o. z Zielonej Góry - zainstalowanie paneli fotowoltaicznych,
- Projekt-Bud A. W. z Żar - opracowanie dokumentacji projektowej obejmującej prace termomodernizacyjne o wartości min. 6 mln zł brutto każda.

Stwierdził, że z formularza ofertowego wynika, że nie posiada własnej wiedzy i doświadczenia w zakresie instalacji pompy ciepła, instalacji paneli fotowoltaicznych oraz w opracowywaniu dokumentacji projektowej obejmującej prace termomodernizacyjne, w związku z czym skorzystał z zasobów ww. podmiotów.

Oświadczył, że w formularzu ofertowym poinformował zamawiającego, iż: "nie powierzamy do wykonania podwykonawcom żadnego składnika niniejszego zamówienia" (pkt 5 formularza ofertowego).

Wskazał, że z każdego z dołączonych do oferty zobowiązań do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wynika, iż każdy z podmiotów udostępniających zasoby zobowiązuje się oddać odwołującemu do dyspozycji niezbędne zasoby dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania, na podstawie umowy o współpracy.

Dowód: Oświadczenia PUZ - załącznik nr 14 do SIWZ

Uzupełnił, że z załączonych do oferty zobowiązań ww. podmiotów wynika, iż sposobem wykorzystania w/w zasobów przez wykonawcę będą konsultacje i doradztwo, a charakter stosunku, jaki będzie łączył te podmioty z wykonawcą to umowa o współpracy.

Podał, że 31 marca 2020 r. został wezwany do wyjaśnienia treści oferty („Proszę o jednoznaczne wyjaśnienie zakresu udziału wskazanych firm trzecich przy realizacji zamówienia w celu udowodnienia Zamawiającemu, że żadna z firm na etapie realizacji zadania nie stanie się Państwa podwykonawcą”, w wyniku czego w dniu 3 kwietnia 2020 r. złożył między innymi następujące wyjaśnienia:
 „... Wykonawca podnosi, co następuje: „poleganie na zasobach podmiotów trzecich może - i w przypadku Wykonawcy będzie - polegać na wspólnej z Wykonawcą i faktycznej realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach umowy o współpracy”.

Ocecił, że dla zamawiającego wyjaśnienia te nie były wystarczające - zamawiający

uznał, że konsultacje i doradztwo nie są właściwą formą udostępnienia zasobów podmiotów trzecich z punktu widzenia ustawy Pzp, bowiem w tym wypadku udostępnienie zasobów nie ma charakteru realnego.

Podniósł, że zamawiający nie wskazał, na jakiej podstawie wywodzi, że

udostępnienie zasobów nie miało charakteru realnego, a jedynie, że w świetle wyjaśnień należy przyjąć, że podmiot udostępniający zdolność zawodową - doświadczenie powinien występować w roli podwykonawcy (jest to preferowana forma udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego) ewentualnie zapewnić faktyczną realizację zamówienia wspólnie z wykonawcą.

Stwierdził nadto, że wg zamawiającego nie wystarczy wskazanie w zobowiązaniu, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie realizowane w czasie trwania umowy

poprzez doradztwo, konsultacje; konieczna jest realizacja usługi czy też roboty budowlanej przez ten podmiot jako podwykonawcy czy wspólnie z wykonawcą.

Dodał, że zamawiający wprowadził wskazanie, że poleganie na zasobach podmiotów

trzecich będzie polegać na wspólnej z wykonawcą i faktycznej realizacji przedmiotu

zamówienia na zasadach umowy o współpracy, to oświadczenie wykonawcy nie znajduje

odzwierciedlenia w treści zobowiązania podmiotów trzecich - podmioty te ani nie występują

w roli podwykonawcy, ani nie zobowiązały się do wspólnej z wykonawcą realizacji zamówienia np. poprzez oddelegowanie swoich pracowników do realizacji zamówienia,

a jedynie do zapewnienia konsultacji i doradztwa.

W konsekwencji, w dniu 30 kwietnia 2020 r. zamawiający wykluczył odwołującego (oraz wszystkich pozostałych oferentów) oraz unieważnił postępowanie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi 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" (tak: M. Jaworska (w:) M. Jaworska, D/ Grześkowiak - Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień publicznych, komentarz, Warszawa 2018).

Podniósł, że zamawiający w SIWZ nie ograniczył możliwości polegania na zasobach podmiotów trzecich wyłącznie do podwykonawstwa, wobec czego poleganie na zasobach

podmiotów trzecich może polegać na wspólnej z wykonawcą i faktycznej realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach umowy o współpracy.

Powołał się na wyrok z dnia 20 lipca 2018 r., sygn. KIO 1336/18, zgodnie z którym:

„nieuprawnionym jest twierdzenie, że dla spełnienia normy art. 22a ust. 4 PZP koniecznym jest, ażeby podmiot udostępniający zasoby występował w charakterze podwykonawcy. Po pierwsze wymóg taki byłby niezgodny z ogólną zasadą wynikającą z art. 22a ust. 1 PZP - że dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu można powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, niezależnie o charakteru stosunków prawnych łączących wykonawcę z tym podmiotem. Po wtóre w orzecznictwie akcentuje się konieczność zapewnienia realnej realizacji zamówienia przez podmiot trzeci. Jednakże realizacja ta nie musi oznaczać podwykonawstwa" oraz na wyrok z dnia 9 listopada 2017r., sygn. KIO 2245/17, zgodnie z którym: „udział w realizacji zamówienia może przybrać rozmaite formy zaangażowania podmiotu trzeciego, może realizować się w postaci doradztwa, konsultacji, nadzoru, uczestniczenia przy wykonywaniu określonych czynności, etc.”

Podkreślił, że w wyroku KIO na które powołuje się zamawiający, KIO orzekło, iż obecnie obowiązująca regulacja (art. 22a ust. 4 ustawy Pzp) oznacza, że ustawodawca przesądził, że realne udostępnienie zasobów w przypadku ww. warunków może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający usług lub robót budowlanych, do

których takie zdolności są wymagane; innymi słowy, oparcie się przez wykonawcę na zasobach podmiotu trzeciego należy odczytywać przez pryzmat reguły, że podmiot taki będzie wykonywał usługę (lub robotę budowlaną) w jakiejś choćby części, co oznacza, że komentowany przepis wymaga faktycznego uczestnictwa w wykonaniu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby, jednak przepis nie wskazuje, jaka część zamówienia powinna faktycznie być wykonywana przez ten podmiot, ani również w jakiej formie ma następować takie uczestnictwo.

Zdaniem odwołującego, gdyby przyjąć interpretację art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, jaką przyjął zamawiający, żaden podmiot nie posiadający zdolności technicznej do wykonywania określonej kategorii robót nie byłby w stanie nigdy tych zdolności uzyskać.

Wskazał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami i orzecznictwem TSUE, na doświadczenie w określonym zakresie może powoływać się tylko podmiot, który te roboty faktycznie realizował - byłoby tak wtedy, gdyby żaden wykonawca powołujący się na zasoby podmiotów trzecich nie mógłby brać udziału w realizacji zamówienia w tej części, w której powołuje się na doświadczenie podmiotu trzeciego, co prowadziłoby do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówień.

Podkreślił, że jako ratio legis uchwalenia art. 22a ust. 4 ustawy Pzp należy przyjąć zagwarantowanie przez ustawodawcę, aby kluczowa część przedmiotu zamówienia w zakresie, w którym zamawiający wymaga posiadania określonego doświadczenia, zdolności technicznej lub zawodowej była realizowana przez podmiot, który dysponuje określonymi, osobistymi cechami pozwalającymi na prawidłową realizację tego szczególnego elementu.

Stwierdził, że roboty budowlane są szeroką kategorią prac z obszaru budownictwa obejmujących szereg różnych elementów o zróżnicowanym stopniu skomplikowania; w wykonaniu tego typu robót biorą udział pracownicy fizyczni, którzy te roboty wykonują, ale również pracownicy umysłowi, którzy poprzez swoją pracę koncepcyjną i wkład intelektualny doprowadzają do faktycznej realizacji robót i osiągnięcia zamierzonego efektu, zatem wydaje się być kwestią oczywistą, że praca koncepcyjna i wkład intelektualny ma przeważające znaczenie w wykonaniu robót budowlanych o znacznym stopniu skomplikowania.

Uznał, że w przypadku robót, co do których odwołujący powołał się na zasoby podmiotów trzecich nie były to proste roboty budowlane, lecz roboty o wysokim stopniu skomplikowania, takie jak zainstalowanie pompy ciepła, zainstalowanie paneli fotowoltaicznych czy opracowanie dokumentacji projektowej obejmującej prace termomodernizacyjne, w przypadku których kluczowym elementem realizacji robót jest właśnie praca koncepcyjna i techniczny know-how, który posiadają pracownicy umysłowi.

Na powyższej podstawie wysnuł wniosek, że odwołanie się do umowy o współpracy, jako formy wspólnej realizacji robót, jest formą jak najbardziej prawnie dopuszczalną, zaś konsultacje i doradztwo gwarantują skorzystanie przez zamawiającego z osobistych szczególnych cech, jakie posiadają podmioty, na których wiedzę i doświadczenie powołuje się odwołujący.

Oświadczył, że nie rozumie, na jakiej podstawie zamawiający przyjął iż podmioty udostępniające zasoby nie będą uczestniczyć faktycznie w realizacji zamówienia, skoro konsultacje i doradztwo muszą odbywać się w postaci oddelegowania do realizacji zamówienia zasobów ludzkich, którymi dysponują podmioty udostępniające zasoby.

Uzupełniając stwierdził, że każdy z podmiotów zobowiązał się w treści swojego oświadczenia do oddania do dyspozycji takich zasobów przez cały okres realizacji zamówienia i w celu jego należytego wykonania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” oraz na informatycznym nośniku danych (płyta CD) przy piśmie z dnia 15 maja 2020 r. „Odpowiedzi na odwołanie” - pismo zamawiającego z dnia 15 maja 2020 r., a także 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 rozprawie.

Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

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

Odnosząc się do podnoszonego przez zamawiającego braku legitymacji po stronie odwołującego z uwagi na upływ związania ofertą (brak oświadczenia odwołującego o przedłużeniu terminu związania ofertą) skład orzekający Izby, dzieląc zapatrywania Izby zaprezentowane w wyroku z dnia 20 sierpnia 2019 r. sygn.. akt KIO 1518/19, za tymże wyrokiem wskazuje, co następuje: „Za reprezentatywny można tu uznać wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 16 lipca 2014 r. sygn. XXIII Ga 924/14, w której sąd dokonał najszerzej analizy i wykładni instytucji związania ofertą terminem w systemie zamówień publicznych, stwierdzając m.in., że z uwagi na specyfikę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz swoisty charakter oferty złożonej na gruncie przepisów ustawy pzp należy uznać, iż upływ terminu związania ofertą nie przesądza o nieskuteczności oferty. Podobny pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Lublinie w wyroku z 17 stycznia 2013 r. sygn. IX Ga 392/13, w uzasadnieniu którego stwierdzono m.in., że: żaden z obowiązujących przepisów ustawy pzp nie daje podstaw do twierdzenia, że nie jest możliwe rozpatrywanie, ocena i wybór oferty, w tym podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania w przypadku, gdy upłyne termin związania ofertą. Po upływie terminu związania, oferta nadal pozostaje ofertą. Ustawa pzp nie zawiera również regulacji umożliwiających pominięcie oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W kontekście okoliczności tej sprawy warto odnotować pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z 25 kwietnia 2017 r. sygn. XIII Ga 40/17, który stwierdził m.in., że regulacja prawa zamówień publicznych zawiera w zakresie zawieszenia terminu związania ofertą niewątpliwie lukę, gdyż nie uwzględnia przy przedłużeniu tego terminu możliwości wniesienia skargi na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Nie ma zaś logicznego wytłumaczenia, dlaczego po wniesieniu skargi sytuacja skarżącego miała by ulec zmianie na jego niekorzyść, w tym znaczeniu, że nie byłby już związany ofertą.

(...) rozbieżności w orzecznictwie krajowym zostały rozstrzygnięte przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w uzasadnieniu postanowienia w sprawie C-35/17, zresztą w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne skierowane przez Izbę. Trybunał orzekł, co następuje: Artykuł 2 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi oraz zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wskutek niespełnienia przez tego wykonawcę obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej. Co więcej, w uzasadnieniu tego postanowienia Trybunał wskazał, że odpowiedzi na pytania przedstawione przez sąd odsyłający (Izby) można wywieść w sposób jednoznaczny m.in. z wyroku Trybunału z 2 czerwca 2016 r., C-27/15, w którym to orzeczeniu Trybunał stwierdził, że zasada równego traktowania i obowiązek przejrzystości w przetargach publicznych sprzeciwia się wykluczeniu wykonawcy za niedopełnienie obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełnienia przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji luk. Trybunał zaakcentował, że brak możliwości obciążania wykonawcy negatywnymi skutkami, tym bardziej powinien przyświecać decyzjom zamawiającego, gdy - tak jak w przedmiocie skutków upływu terminu związania ofertą - z powodu rozbieżnych stanowisk w orzecznictwie krajowym warunek, którego przestrzeganie jest wymagane, nie wynika nawet z wykładni właściwych uregulowań dokonywanej przez właściwe sądy.

Skoro upływ związania ofertą według Trybunału nie jest podstawą do niebrania pod uwagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty (przesłanka odrzucenia oferty z aktualnie obowiązującego art. 89 ust. 1 pkt 7a pzp, podobnie jak analogicznie sformułowana w nieobowiązującym już art. 24 ust. 1 pkt 2 in fine pzp przesłanka wykluczenia wykonawcy odnosi się wyłącznie do niewyrażenia zgody na przedłużenie związania ofertą w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego), tym bardziej nie ma podstaw, aby z braku związania ofertą wywodzić po stronie wykonawcy brak legitymacji do wniesienia odwołania czy skargi.”

Zarzut dotyczący naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp,
poprzez jego błędne zastosowanie oraz bezzasadne uznanie, iż odwołujący nie wykazał
spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej
i zawodowej, albowiem w formularzu oferty nie wskazał, że współpraca z podmiotami
udostępniającymi zasoby, na których zdolnościach odwołujący ma polegać, będzie mieć
charakter podwykonawstwa, a co za tym idzie odwołujący winien podlegać wykluczeniu
z postępowania nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, że spełniają warunki dotyczące m.in. zdolności technicznej lub zawodowej, zastrzegając, że uzna warunek w tym zakresie za spełniony jeżeli wykonawca wykaże - zgodnie z rozdziałem V pkt 1.2.3. ppkt 1.2.3.2. - że w ciągu ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 2 roboty budowlane polegające na wykonaniu termomodernizacji budynków w skład, których wchodziły m.in. prace: zainstalowanie paneli fotowoltaicznych, zainstalowanie pompy ciepła (o wskazanej wartości), a nadto jeżeli wykonawca wykaże - zgodnie z Rozdziałem V pkt 1.2.3. ppkt 1.2.3.3. - że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej 2 usługi polegające na opracowaniu dokumentacji projektowej obejmującej prace termomodernizacyjne (o wskazanej wartości).

Zamawiający podał, że wykonawca może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków, z zachowaniem postanowień pkt. 4 rozdziału VII SIWZ (rozdział V pkt 3 ppkt 3.1.SIWZ) - pkt 4 rozdziału VII SIWZ dotyczy dokumentów wymaganych w przypadku ubiegania się o zamówienie przez wykonawców składających ofertę wspólną.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 3 ppkt 3.1. SIWZ „W odniesieniu do (...) kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeżeli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. (.)”.

Jednym z opracowanych przez zamawiającego wzorów był załącznik nr 14 do SIWZ

- zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Wzór ten ujmował m.in. następującą treść: „Sposób wykorzystania w/w

zasobów przez Wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia to:”,

pod którą zamawiający wskazał: „np. podwykonawstwo, konsultacje, doradztwo itp.

- w przypadku powoływania się na wiedzę i doświadczenie lub podwykonawstwo, wypożyczenie narzędzi, itp. - w przypadku powoływania się na dysponowanie potencjałem technicznym” oraz: „Charakter stosunku, jaki będzie łączył nas z Wykonawcą:

.....”, pod którą zamawiający wskazał „np. umowa cywilno-prawna,

umowa o współpracy itp.”

W Formularzu ofertowym odwołujący oświadczył, że nie powierzy do wykonania zamówienia żadnego składnika zamówienia (pkt 5) oraz, że będzie polegał na zdolnościach trzech podmiotów:

1. S. W. Viessman Sp. z o.o. z Wrocławia co do zainstalowania pompy ciepła,
2. OZEnergia z Zielonej Góry co do zainstalowania paneli fotowoltaicznych,,
3. A. W. - Projekt-Bud z Żar co do opracowania dokumentacji projektowej obejmującej prace termomodernizacyjne.

Odwołujący, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu podał, że polega na zdolnościach technicznych i/lub zawodowych trzech ww. podmiotów i złożył zobowiązania tychże trzech podmiotów, w których każdy z nich oświadczył:

„Sposób wykorzystania w/w zasobów przez Wykonawcę przy wykonaniu zamówienia

to: konsultacje, doradztwo w zakresie: (...). Charakter stosunku, jaki będzie łączył nas z Wykonawcą: umowa o współpracy”.

Pismem z dnia 31 marca 2020 r. zamawiający wezwał odwołującego, powołując się na przepis art. 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, podając: „W formularzu ofertowym wskazali Państwo, że nie będziecie korzystać z podwykonawców jednocześnie wskazując firmy (.), na których zdolnościach będziecie polegać.” oraz oczekując wyjaśnienia „zakresu udziału wskazanych firm trzecich przy realizacji zamówienia w celu udowodnienia Zamawiającemu, że żadna z firm na etapie realizacji zadania nie stanie się Państwa podwykonawcą.”

Odwołujący w piśmie z dnia 1 kwietnia 2020 r. wskazał, że faktyczne zrealizowanie przez podmiot trzeci części zamówienia może polegać na podwykonawstwie podmiotu trzeciego, ale także na wykonaniu zamówienia wspólnie z wykonawcą np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników do bezpośredniej realizacji zamówienia, podnosząc że zamawiający nie ograniczył polegania na zasobach podmiotów trzecich do podwykonawstwa. Oświadczył nadto, że w jego przypadku poleganie na zasobach podmiotów trzecich będzie polegać na wspólnej z nim i faktycznej realizacji przedmiotu zamówienia na zasadach umowy o współpracy.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 22a ust. 2 ustawy Pzp brzmi: „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.”

Jak wynika z brzmienia zacytowanego powyższej przepisu jedną z możliwości udowodnienia przez wykonawcę, w przypadku gdy polega na zdolnościach innych podmiotów, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami, jest przedstawienie zobowiązań tych podmiotów.

Oczywistym przy tym jest, że jeżeli wykonawca jako dowody składa zobowiązania innych niż on sam podmiotów, to oświadczenia własne wykonawcy nie mogą zobowiązań tych zastępować - składanie samych zobowiązań byłoby wówczas zbędne.

Uwzględniając powyższe oraz to, że - jak wskazywał odwołujący na rozprawie - udział wskazanych w Formularzu ofertowym podmiotów miałby polegać na oddelegowaniu pracowników do realizacji zamówienia w celu udzielania konsultacji, czy doradztwa, stwierdzić należy, że z treści żadnego z trzech zobowiązań podmiotów trzecich nie można takiego zobowiązania do oddelegowania pracowników wyczytać, wobec czego uznać należy, że nie zostały one przez te podmioty podjęte.

Uwzględniając w dalszej kolejności ów brak oraz nałożony na wykonawcę obowiązek udowodnienia zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów, na których to zasobach polega, skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie sprostął ciężącemu nań obowiązkowi, co przesądza o uznaniu, że nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych.

Odnosząc się do opracowanego przez zamawiającego wzoru zobowiązania podmiotu trzeciego, podnieść należy, co następuje:

1. po pierwsze, wykonawca mógł, ale nie musiał skorzystać z tego wzoru, ponieważ, po myśli art. 22a ust. 2 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotów, na zasobach których wykonawca polega jest jedynie jednym z dopuszczonych ustawą Pzp sposobem udowodnienia zamawiającemu, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów,

2. po wtóre, zamawiający wskazał konsultacje i doradztwo jedynie jako przykładowe sposoby wykorzystania udostępnianych zasobów (nie ograniczył sposobu

wykorzystania zasobów do konsultacji i doradztwa) oraz, co istotne, nie przypisał ich do konkretnego zasobu - konkretnej zdolności dotyczącej zainstalowania pompy ciepła, zainstalowania paneli fotowoltaicznych, czy opracowania dokumentacji projektowej obejmującej prace termomodernizacyjne,

3. po trzecie, skoro zamawiający nie przypisał wykorzystania zasobu, poprzez konsultacje czy doradztwo do jakichkolwiek konkretnych zdolności, to obowiązkiem wykonawcy było udowodnienie zamawiającemu, że w przypadku zasobów podmiotów, na zdolnościach których polega, ten sposób wykorzystania zasobu jest realny - stanowi „stosowną sytuację”, o której mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp (art. 22a ust. 1 ustawy Pzp - „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać (.).”),

4. po czwarte, opracowanie przez zamawiającego wzoru o „otwartym” charakterze (otwartym ze względu na przykładowy katalog wskazanych sposobów wykorzystania zasobów), jak ten stanowiący załącznik nr 14 do SIWZ nie zwalnia wykonawcy - profesjonalnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od adekwatnego do sytuacji danego wykonawcy wypełnienia danego wzoru.

Biorąc pod uwagę powyższe, skład orzekający Izby uznał, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie podania uzasadnienia wykluczenia odwołującego, w tym zaniechanie podania podstaw faktycznych uznania, iż udostępnienie zasobów przez odwołującego nie ma charakteru realnego nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.”

Odwołujący nie złożył żadnych dowodów i nie zaprezentował żadnej argumentacji na poparcie tezy o braku podania przez zamawiającego - w piśmie z dnia 30 kwietnia 2020 r. - uzasadnienia wykluczenia go z udziału w postępowaniu, w tym zaniechania podania podstaw faktycznych uznania, iż udostępnienie zasobów przez odwołującego nie ma charakteru realnego, ograniczając swoją argumentację do zarzutu dotyczącego wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Nie odniósł się w żaden sposób do argumentacji zaprezentowanej przez zamawiającego w liczącym 8 stron ww. piśmie zamawiającego.

Powyższe przesądza o uznaniu, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 22a ust. 4 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, poprzez błędne zastosowanie tych przepisów, w szczególności poprzez przyjęcie, że poleganie na zdolnościach technicznych innych podmiotów może nastąpić wyłącznie w postaci umowy o podwykonawstwo, zaś jakkolwiek inna podstawa prawna, w tym umowa o współpracy prowadzi do przyjęcia, iż udostępnienie zasobów nie będzie mieć charakteru realnego nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby, w zakresie ustaleń, odwołuje się do zarzutu pierwszego (dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp).

Skład orzekający zważył, co następuje.

Formułując zarzut, odwołujący przyjął, że zamawiający ograniczył poleganie na zdolnościach technicznych innych podmiotów wyłącznie do podwykonawstwa, czego jednak nie wykazał.

Ponownie przypomnienia wymaga, że zgodnie z przepisem art. 190 ust. 1 ustawy Pzp zdanie pierwsze „Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne.”

Odwołujący nie złożył żadnych dowodów i nie zaprezentował żadnej argumentacji na poparcie tezy, iż zamawiający przyjął, iż poleganie na zdolnościach technicznych innych podmiotów może nastąpić wyłącznie w postaci umowy o podwykonawstwo, ograniczając swoją argumentację do zarzutu dotyczącego wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Powyższe przesądza o uznaniu, że zarzut się nie potwierdził.

Zarzuty dotyczące naruszenia:

- art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez błędne zastosowanie i przyjęcie, że w postępowaniu nie złożono żadnej oferty nie podlegającej odrzuceniu, i w konsekwencji unieważnienie postępowania,
- art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej z ofert nie podlegających odrzuceniu,
- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez niedochowanie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców polegające na zaniechaniu dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu nie potwierdziły się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. zamawiający, zawiadamiając o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu, zawiadomił także o unieważnieniu postępowania.

W konsekwencji uznania, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, w następstwie czego oferta odwołującego musiała zostać uznana za odrzuconą, wobec braku ofert niepodlegających odrzuceniu innych wykonawców, skład orzekający Izby uznał, że żaden z powyższych zarzutów także się nie potwierdził.

Skoro bowiem oferta odwołującego podlega odrzuceniu, to nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Skoro zaś brak jest jakiegokolwiek oferty niepodlegającej odrzuceniu to

unieważnienia postępowania jest konieczne.

Fakt, że nie potwierdził się żaden z zarzutów oznacza, że zamawiający nie dopuścił się zaniechania dokonania prawidłowych czynności związanych z oceną ofert w postępowaniu, co przesądza o tym, że zamawiającemu nie można przypisać prowadzenia postępowania z naruszeniem jakichkolwiek zasad.

Wobec tego, że nie potwierdził się żaden z zarzutów odwołania, skład orzekający Izby orzekł jak w sentencji orzeczenia, oddalając odwołanie,

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:

KIO 975/20

17