Sygn. akt: KIO 1323/21

WYROK
z dnia 21 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aneta Mlącka
Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 czerwca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04 maja 2021 r. przez Odwołującego **MatPark Sp. z o.o. (Gródek nad Dunajcem 107, 33-318 Gródek nad Dunajcem)** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Targu (ul. Szpitalna 14, 34-400 Nowy Targ)**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Targu (ul. Szpitalna 14, 34-400 Nowy Targ)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **MatPark Sp. z o.o. (Gródek nad Dunajcem 107, 33-318 Gródek nad Dunajcem)** tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego

2.2. zasądza od Zamawiającego **Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Targu (ul. Szpitalna 14, 34-400 Nowy Targ)** na rzecz Odwołującego **MatPark Sp. z o.o. (Gródek nad Dunajcem 107, 33-318 Gródek nad Dunajcem)** kwotę **11.100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postaci wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……...……..……...

Sygn. akt: KIO 1323/21

UZASADNIENIE

Zamawiający Powiatowy Zarząd Dróg w Nowym Targu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Koszenie traw w pasach drogowych na sieci dróg powiatowych Powiatu Nowotarskiego".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 lutego 2021 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2021/BZP 00011331/01.

Odwołujący MATPARK Sp. z o.o. wniósł odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp w związku z art. 122 pzp oraz art. 274 ust. 1 pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, mimo iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a Zamawiający nie podjął niezbędnych czynności do ustalenia właściwego stanu faktycznego i swoją decyzję podjął wbrew oświadczeniom Wykonawcy.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części I i VI Postępowania; unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w częściach I i VI Postępowania; przeprowadzenie ponownego badania z uwzględnieniem oferty Odwołującego w częściach I i VI Postępowania.

Zamawiający w rozdziale XIII ust. 1 pkt 4 lit. a SWZ określił, że o udzielenie zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych, również wykonują, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi w zakresie koszenia traw w obrębie pasa drogowego dróg publicznych o łącznej wartości dla: części I (Zadanie nr 1) - co najmniej 50 000,00 zł (co stanowi 55,9% wartości szacunkowej części I zamówienia powiększonej o należny podatek VAT), a dla: części VI (Zadanie nr 6) - co najmniej 40 000,00 zł (co stanowi 56,5% wartości szacunkowej części VI zamówienia powiększonej o należny podatek VAT).

Zgodnie z art. 19 Pzp Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe (...), pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4.

Odwołujący w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w rozdziale XIII ust. 1 pkt 4 Specyfikacji warunków zamówienia wskazał w ofertach złożonych dla części I i VI zamówienia, że polega na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby i dołączył do ofert zobowiązanie podmiotu udostępniającego te zasoby - „WM" W. M. w Gródku n/Dunajcem. Jednocześnie Odwołujący w ofercie wskazał, że zleci cześć prac objętych zamówieniem do realizacji podwykonawcy - „WM" W. M. w Gródku n/Dunajcem. Podmiot udostępniający zasoby, będący jednocześnie podwykonawcą, zobowiązał się, że zrealizuje jako podwykonawca usługi, których udostępniane zdolności dotyczą i określił ich zakres jako część prac związanych z koszeniem traw w pasach drogowych objętych poszczególnymi częściami zamówienia.

08 kwietnia 2021 roku Zamawiający wezwał Odwołującego "o dookreślenie części usług, przez wskazanie dla każdej części odrębnie nr drogi i nazwy drogi lub powierzchni koszenia albo wskazanie procentowo lub kwotowo, które Wykonawca zamierza zlecić podwykonawcy."

Odwołujący wskazał, iż ma zamiar powierzyć następujący zakres prac podwykonawcy:

1. w zakresie Części I - Zadanie nr 1 Droga nr 1679K Wygon - Niedzica powierzchnia koszenia 1 771 m^2
2. w zakresie Części II - Zadanie nr 2 Droga 1636K Krościenko - Szczawnica powierzchnia koszenia 1 240 m^2
3. w zakresie Części III- Zadanie nr 3 Droga 1670K Lasek Stacja PKP powierzchnia koszenia 1 184 m^2
4. w zakresie Części IV- Zadanie nr 4 Droga 1647K Gronków - Bukowina Tatrzańska powierzchnia koszenia 1000 m^2
5. w zakresie Części V- Zadanie nr 5 Droga 1677K Zubrzyca Górna - Sidzina powierzchnia koszenia 1500 m^2
6. w zakresie Części VI- Zadanie nr 6 Droga 1658K Szaflary - Ludźmierz powierzchnia koszenia 10 000 m^2

13 kwietnia 2021 roku Zamawiający, w piśmie zatytułowanym „Wezwanie do uzupełnienia innego dokumentu składanego

w postępowaniu tzn. zobowiązania podmiotu udostepniającego zasoby" (wskazując podstawę prawną art. 128 ust. 1 Pzp), wezwał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, przez dookreślenie części usług, które ten podmiot zrealizuje na rzecz Odwołującego, poprzez wskazanie, dla każdej części zamówienia odrębnie, powierzchni koszenia (m^2 lub %) albo nr drogi i nazwy drogi. W tym samym wezwaniu, Zamawiający wskazał, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe tego podmiotu nie potwierdzają spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu lub samodzielnie podmiot nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, jest uprawniony do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby.
Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie, przekazał uzupełnione zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, w którym podmiot ten zobowiązał się do wykonywania usługi koszenia traw w zakresie części I (Zadanie 1) o powierzchni koszenia 1 771 m^2, co stanowi 0,55% powierzchni 319 372 m^2 przewidzianej do jednokrotnego koszenia, a w zakresie części VI (Zadanie powierzchni koszenia 10 000 m^2, co stanowi 3,95% powierzchni 252 915 m^2 przewidzianej do jednokrotnego koszenia.
Zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 27. 04. 2021 r. oferta Odwołującego została odrzucona gdyż Zamawiający uznał, iż nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu.
Odwołujący wniósł odwołanie od decyzji Zamawiającego. Wskazał, że Zamawiający w żadnej części nie wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów z art. 274 ust. 1 pzp, czyli zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W tym zakresie Zamawiający posiada wyłącznie oświadczenia złożone wraz z ofertą.
Odwołujący wyjaśnił, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych. Spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności określone przez Zamawiającego w rozdziale XIII ust. 1 pkt 4 Specyfikacji warunków zamówienia.
Jak dalej wyjaśnił Odwołujący, Zamawiający badał wyłącznie doświadczenie Wykonawcy co do świadczenia usług w zakresie koszenia traw w obrębie pasa drogowego dróg publicznych o łącznej wartości dla Części I - Zadanie nr 1 - co najmniej 50 000,00 zł (słownie: pięćdziesiąt tysięcy 00/100 złotych), Części VI - Zadanie nr 6 - co najmniej 40 000,00 zł (słownie: czterdzieści tysięcy 00/100 złotych).
Zgodnie z zapisem s. 9 SWZ, rozdział XIII ust. 1 pkt 4 akapit ostatni "powyższe wymagania dla poszczególnych części nie podlegają sumowaniu". Wykonawca dysponując doświadczeniem w wykonaniu usług podobnych na kwotę 50 000 zł mógł złożyć ofertę na wszystkie części.
Odwołujący wskazał, że posiada odpowiednie doświadczenie w tym zakresie, gdyż wykonał odpowiednie usługi na rzecz: ENIGMA GROUP Sp. z o.o. na kwotę 86 729,42 zł; Gmina Miasta Zakopane - Urząd Miasta Zakopane na kwot ponad 64 800 zł.
13 kwietnia 2021 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do "uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby tj. „WM" W. M., tzn. dookreślenia części usług, które ten podmiot zrealizuje na rzecz Wykonawcy, przez wskazanie dla każdej części odrębnie powierzchni koszenia (m² lub %) albo nr drogi i nazwy drogi".
Odwołujący tego samego dnia uzupełnił oświadczenie podmiotu trzeciego. Zgodnie z żądaniem Zamawiającego ponownie wskazując ten sam zakres prac co w odpowiedzi na wezwanie z 8/04/2021 r. gdyż to właśnie "WM" W. M. był jedynym podwykonawcą wskazanym w ofercie Odwołującego.
W pkt 2 wezwania z 13/04/2021 r. Zamawiający wskazał, iż "jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym w pkt 3 zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu."
Zdaniem Odwołującego postanowienie to wprost wskazuje na fakt, iż Zamawiający na tym etapie sam nie dokonał oceny, czy zasoby podmiotu trzeciego potwierdzają spełnianie warunków udziału w Postępowaniu, jednocześnie całe wezwanie odnosiło się do dookreślenia zakresu przekazanych prac, a więc treść pkt 2 Wykonawca również zrozumiał w odniesieniu do tego samego wezwania, tj. do sytuacji braku możliwości uzyskania stosownego oświadczenia od podwykonawcy.
W momencie gdy Zamawiający nabrał już błędnego przekonania, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu odstąpił od wzywania z art. 122 pzp.
Zdaniem Odwołującego, ocena czy zachodzą przesłanki do zastosowania ww. przepisu w trybie podstawowym jest możliwa wyłącznie dopiero po wezwaniu z art. 274 ust. 1 pzp, a następnie, w przypadku wątpliwości lub niejasności, po zastosowaniu procedury z art. 128 ust. 1 lub 4 pzp oraz art. 122 pzp, chyba że wykonawca nie złoży oświadczenia z art. 125 ust. 1 pzp. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy nie nastąpiło nawet wezwanie do złożenia dokumentów podmiotowych, a więc odrzucenie na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp jest przynajmniej przedwczesne. Poprzez podejście zbyt rygorystyczne do wykonawcy i przez przerzucenie na Odwołującego odpowiedzialności za swoje zaniechania Zamawiający dokonał na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp odrzucenia oferty wykonawcy, który w sposób oczywisty spełnia warunki udziału w Postępowaniu, tj. oferty Odwołującego.
Odwołujący podkreślił, że bez zastosowania określonej przepisami pzp procedury, Zamawiający dysponuje jedynie ważnym oświadczeniem Odwołującego o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.
Odwołujący zauważył także, że Zamawiający nie wypełnił również ciążącego na nim obowiązku z art. 122 pzp. Zgodnie ze wskazanym przepisem oraz rozdziałem XIV ust. 6 SWZ w Postępowaniu "Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu." Zamawiający miał więc obowiązek wezwać wykonawcę do zastąpienia podmiotu trzeciego, którego zasoby nie potwierdzają spełniania warunków udziału w Postępowaniu.
Takie wezwanie należy wystosować wtedy gdy Zamawiający już będzie potrafił określić, czy taka sytuacja zachodzi oraz sformułować je w sposób precyzyjny. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie był przekonany o konieczności zastąpienia podmiotu trzeciego, a przynajmniej sformułował wezwanie w taki sposób, iż Odwołujący miała prawo potraktować pkt 2 wezwania z 13/04/2021 r. jako informację o uprawnieniu Wykonawcy w tym zakresie, a nie konkretne wezwanie, a więc jako instrukcję, co czynić gdyby uzupełnienie oświadczenia zgodnie z pkt 1 wezwania z 13/04/2021 r. okazało się niemożliwe.
Jak dalej wskazał Odwołujący, zgodnie z treścią art. 122 pzp oraz rozdziałem XIV ust. 6 SWZ Zamawiający ma obowiązek wezwać Wykonawcę do zastąpienia podmiotu trzeciego, którego zasoby nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu i to do Zamawiającego należy ocena, czy z dotychczasowych dokumentów wynika, iż wykonawca w sposób wystarczający potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wezwanie z dnia

13/04/2021 r. dotyczyło zakresu wykonania prac przez Podwykonawcę, o którym to zakresie Zamawiający posiadał już pełną wiedzę. Z treści wezwania w żaden sposób nie wynika, aby Zamawiający uznał, iż zasoby podmiotu trzeciego zdaniem Zamawiającego nie potwierdzają spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a wręcz przeciwnie, z treści wezwania wynika, iż wezwanie jest wyłącznie formalności i Zamawiający pozostawia w pkt 2 furtkę Wykonawcy, jeżeli Odwołujący nie mógłby uzyskać stosownego oświadczenia od podmiotu trzeciego.
Odwołujący wskazał także, że treść art. 122 pzp jest skierowana do Zamawiającego. W szczególności sformułowanie "Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia" powinno zostać rozstrzygnięte przez Zamawiającego. Pozostawienie oceny w tym zakresie Wykonawcy nie stanowi o wypełnieniu obowiązku nałożonego przez Zamawiającego art. 122 pzp, gdyż na etapie badania i oceny ofert rozstrzyganie o spełnianiu bądź nie warunków udziału w postępowaniu stanowi dyskrecjonalne uprawnienie Zamawiającego.
Artykuł 122 odnosi się do sytuacji, w której zdolności podmiotu trzeciego nie nadają się do wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, a nie wtedy gdy potwierdzają je w całości lub jedynie w części. Odwołujący ma prawo wykazać w postępowaniu wiedzę i doświadczenie wyższą niż wymagania minimalne określone przez Zamawiającego.
Odwołujący podkreślił, że udostępnienie potencjału jest realne, gdyż zgodnie z jego zamiarem, podwykonawcy mają zostać powierzone prace ręczne, które wymagają największych nakładów pracy i największego doświadczenia w zarządzeniu nimi.
Nawet w sytuacji, gdy Odwołujący ma zamiar polegać na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego to ma prawo: korzystać z wiedzy i doświadczenia na wybrane przez siebie części Postępowania; korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego w zakresie przekraczającym wymagania minimalne; korzystać z wiedzy i doświadczenia jedynie częściowo, uzupełniając wiedzę i doświadczenie własne.
Odwołujący podkreślał także, że spełnia wszystkie wymagania w części I i części VI Postępowania samodzielnie, a tym bardziej w oparciu o wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego, co oznacza, że nie zachodzą więc przesłanki do odrzucenia jego oferty z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) pzp.
Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania.
W uzasadnieniu Zamawiający wyjaśnił, że mając na uwadze treść art. 118 ust. 2 Pzp, który stanowi, że „[w] odniesieniu do warunków dotyczących (...) doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają (...) usługi, do realizacji, których te zdolności są wymagane", należało stwierdzić, że zaangażowanie podmiotu udostępniającego zasoby w realizację usługi jest niewystarczające do uznania, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, gdyż wykonanie odpowiednio 0,55% i 3,95% usługi nie może zostać uznane za wykonanie usługi w rozumieniu art. 118 ust. 2 Pzp.
W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, że Zamawiający nieprawidłowo odstąpił od wezwaniado złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 274 ust. 1 Pzp Zamawiający wskazał, że wezwanie, o którym mowa w art. 274 ust. 1 Pzp ma zastosowanie do wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej, co w Postępowaniu nie miało miejsca, tak więc brak było podstaw do zastosowania tego przepisu w stosunku do Odwołującej.
W odniesieniu zaś do twierdzenia Odwołującego, zgodnie z którym Odwołujący posiada doświadczenie w zakresie wymaganym, tj. wykonał odpowiednie usługi na rzecz ENIGMA GROUP sp. z o.o. w Bochni oraz Gminy Miasto Zakopane, Zamawiający stwierdził, że informacje te nie zostały poparte żadnymi dokumentami i jako takie pozostają bez wpływu na wynik niniejszej sprawy, gdyż nie zostały wykazane w trakcie Postępowania.
Zdaniem Zamawiającego nie zasługuje również na uwzględnienie zarzut zaniechania zastosowania przez Zamawiającego art. 122 Pzp tj. wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub wykazania, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, wobec stwierdzenia przez Zamawiającego, że zdolności techniczne / zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Art. 122 Pzp nie stanowi odrębnej podstawy wezwania o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie okoliczności względem wykonawców, którzy wykazują posiadanie wymaganych zasobów (spełnianie warunków udziału w postępowaniu) przy pomocy podmiotów udostępniających te zasoby. Przepis ten określa jedynie w jaki sposób wykonawcy, którzy wykazują spełnianie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy zasobów podmiotów udostępniających zasoby, mogą odpowiedzieć na wezwanie skierowane do nich w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. Jak wskazał Zamawiający, powyższe twierdzenia Zamawiającego są zgodne ze stanowiskiem przedstawionym przez Urząd Zamówień Publicznych w opinii dot. relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, która pozostaje aktualna po wejściu w życie ustawy Pzp z 2019 r. gdyż art. 22a ust 6 i art. 26 ust. 3 ustawy z 2004 r. odpowiadają odpowiednio art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z 2019 r.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.
Zgodnie z art. 226 ust, 1 pkt 2 lit. b pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Odrzucenie oferty wykonawcy na podstawie cytowanego przepisu jest możliwe wtedy gdy wykonawca nie spełnia wymagań w zakresie: zdolności do występowania w obrocie gospodarczym; uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; sytuacji ekonomicznej lub finansowej; zdolności technicznej lub zawodowej.
Zamawiający nie wykazał zaistnienia żadnej z powyższych przesłanek odrzucenia oferty. Zamawiający nie dokonał w sposób prawidłowy badania i oceny oferty Odwołującego.
Przede wszystkim Zamawiający nie zbadał oferty Odwołującego. W trakcie rozprawy z udziałem stron Zamawiający wprost przyznał, że dopiero z treści odwołania dowiedział się, że Wykonawca samodzielnie posiada potencjał do zrealizowania zamówienia. Jednocześnie Zamawiający wprost przyznał, że nie dokonał badania i oceny oferty Odwołującego pod kątem spełnienia warunków udziału w postepowaniu, w tym nie wyjaśnił okoliczności, czy Wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu również samodzielnie.
Zamawiający nie miał podstawy do odrzucenia oferty Odwołującego w sytuacji, gdy nie dokonał całkowitego zbadania tej oferty. Tym bardziej, że jak przyznał Zamawiający, pozyskał wiedzę, że Odwołujący może samodzielnie dysponować potencjałem.
Przede wszystkim Zamawiający nie wykazał, że udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego jest nierealne.
Stanowisko Zamawiającego jest sprzeczne. Z jednej strony wskazuje (w trakcie rozprawy z udziałem stron), że z dokumentów przedstawionych przez Wykonawcę wynikało, że sam podmiot trzeci będzie realizował zamówienie. Z

drugiej strony Zamawiający za niewystarczający uznał udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.
Co najistotniejsze, z treści zobowiązania udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego (punkt 4) wynikało, że podwykonawstwo będzie dotyczyło wykonywania części prac związanych z wykonaniem koszenia traw w pasach drogowych na sieci dróg powiatowych Powiatu Nowotarskiego.
Odwołujący podniósł istotną kwestię, tj. okoliczność rzeczywistego zakresu prac pod względem pracochłonności. Istotne jest zatem, aby Zamawiający ponownie dokonał badania i oceny ofert i ewentualnie ustalił zakres udziału podmiotu trzeciego (nie tylko wyrażony w m², ale także w zakresie np. pracochłonności).
Zamawiający ma pełne prawo dokonania badania powyższych okoliczności. Zamawiający przyznał, że nie badał dotychczas warunków udziału w postępowaniu, nie dokonywał wyjaśnień co do samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez samego Wykonawcę. Zatem odrzucenie oferty Odwołującego było przedwczesne.
Stosownie do art. 122 Pzp, wykonawca wezwany w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia dokumentu podmiotu udostępniającego zasoby, może albo, odpowiednio uzupełnić dokument dotyczący zgłoszonego pierwotnie podmiotu udostępniającego zasoby, albo zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub wykazać, że samodzielnie spełnia warunek w zakresie udostępnianego zasobu.
Trafnie zauważył Odwołujący, że treść artykułu 122 ustawy Prawo zamówień publicznych skierowana jest do Zamawiającego. Sformułowanie "Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia" powinno zostać rozstrzygnięte przez Zamawiającego. Pozostawienie oceny w tym zakresie Wykonawcy nie stanowi o wypełnieniu obowiązku nałożonego przez Zamawiającego art. 122 pzp, gdyż na etapie badania i oceny ofert rozstrzyganie o spełnianiu bądź nie warunków udziału w postępowaniu stanowi dyskrecjonalne uprawnienie Zamawiającego.
Co istotne, Zamawiający w treści wezwania z dnia 13 kwietnia 2021 roku nie przedstawił w treści pisma żadnej innej podstawy wezwania Wykonawcy do wyjaśnień, uzupełnienia dokumentów, jak tylko wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Wezwanie Zamawiającego jest zatem jasne – Zamawiający wnosił (co potwierdził także w trakcie rozprawy z udziałem stron), aby Odwołujący przedstawił Zamawiającemu uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego o treść wynikającą z odpowiedzi Odwołującego na wyjaśnienia z 09 kwietnia 2021 roku. Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, samo wskazanie przepisu ustawy nie mogło stanowić wskazówki, że Zamawiający domaga się, aby Wykonawca czy to wykazał samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy dokonał ewentualnej zmiany podmiotu trzeciego, czy zakresu jego zobowiązania.
Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do wskazania faktycznej podstawy wezwania i wyartykułowania, co stanowi podstawę i zakres tego wezwania. Z wezwania z 13 kwietnia wynikało wyłącznie wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Artykuł 128 ustawy Prawo zamówień publicznych jest artykułem ogólnym i na pewno nie stanowił dookreślenia zakresu wezwania Zamawiającego.
Trafnie zauważył Odwołujący, że już 09 kwietnia 2021 roku Zamawiający dysponował wiedzą w zakresie zobowiązania podmiotu trzeciego.
Na podstawie powyższego należało stwierdzić, że Zamawiający powinien dokonać unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, w tym dokonania pełnego badania oferty Odwołującego, także pod kątem samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz ewentualnego ustalenia zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia.
Izba nie dokonywała oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego, ani zakresu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia (np. pod względem pracochłonności). Izba nie może zastępować Zamawiającego w zakresie procedury badania i oceny ofert. Uwzględniając odwołanie Izba miała na uwadze okoliczność, że Zamawiający przyznał, iż nie dokonał badania i ocen oferty Odwołującego w całości (pod kątem spełnienia warunków udziału w postępowaniu), a nadto przebieg rozprawy, w tym stanowisko Zamawiającego wykazały, że gdyby Zamawiającemu znany był całokształt okoliczności, w tym oświadczenia i dokumenty przedstawione przez Odwołującego w trakcie rozprawy (a których nie miał szansy i możliwości przedstawienia Zamawiającemu w trakcie badania i oceny ofert), nie jest wykluczone, że decyzja Zamawiającego byłaby inna (niż odrzucenie oferty Odwołującego).
Mając powyższe a uwadze orzeczono jak w sentencji.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy §5 pkt 1 oraz §5 pkt 2b), §7 ust. 1 pkt 1)) , zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz koszty z tytułu zastępstwa procesowego pełnomocnika Odwołującego.

Przewodniczący:……..