Sygn. akt: KIO 2715/17

WYROK
z dnia 12 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 10 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **J. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.H.U. "REKO" J. C., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków,** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Zawiercie, ul. Leśna 2, 42-400 Zawiercie,**

przy udziale wykonawcy **Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o. o., ul. Krzywa 3, 42-400 Zawiercie,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **J. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.H.U. "REKO" J. C., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **J. C.** prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.H.U. "REKO" J. C., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1569 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

---

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Częstochowie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2715/17

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Zawiercie reprezentowana przez Prezydenta Miasta Zawiercie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest utworzenie i prowadzenie na terenie Gminy Zawiercie dwóch Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) wraz z zagospodarowaniem odpadów Zamówienie publiczne dotyczy usługi o wartości szacunkowej nieprzekraczającej kwot, o których mowa w art. 11 ust 8 ustawy Pzp).

Odwołujący: J. C. prowadzący działalność gospodarczą od firmą P.H.U. „REKO” J. C. z siedzibą w Myszkowie, ul. Jana Pawła II 104, wniósł odwołanie od czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu.
Zamawiającemu zarzuca działanie niezgodne z przepisami ustawy poprzez podjęcie czynności w Postępowaniu polegających na:
1. wykluczeniu z udziału w postępowaniu Odwołującego,
2. odrzuceniu oferty Odwołującego się,
3. wyborze jako najkorzystniejszej oferty Zakładu Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. ul. Krzywa 3, 42-400 Zawiercie.
Powyższe czynności stanowią naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania, pomimo że Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 24 ust. 4 Ustawy Pzp poprzez uznanie oferty wykonawcy za odrzuconą w sytuacji, gdy nie podlegał on wykluczeniu;
3. art. 22a ust. 1 Ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach zawodowych podmiotów działających jedynie jako podwykonawcy Odwołującego, podczas gdy potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego jest niezależne od charakteru stosunku prawnego łączącego go z podmiotami, na których zdolnościach zawodowych Odwołujący polega, a w szczególności nie wymaga korzystania z podwykonawstwa;
4. art. 22a ust. 2 i 4 Ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, że Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innego podmiotu, nie udowodnił Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu, w sytuacji gdy

przedstawił wystarczające zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia;
5. art. 26 ust 3 ustawy Pzp przez uznanie, że wezwanie z dn. 18.12.2017 roku Wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp dotyczyło samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy z treści petitum wezwania to nie wynika, a następnie uznanie, że Wykonawca nie wywiązał się z tego wezwania w sytuacji, gdy mając na uwadze treść zobowiązania przedłożonego w dn. 20.12.2017 roku przez Odwołującego winien uznać za je za wyczerpujące i prawidłowe; poza tym - skoro Zamawiający uznał, że zobowiązanie z dn. 6.12.2017 roku do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia budzi jego wątpliwości - winien wezwać Odwołującego do jego uzupełnienia lub do udzielenia w tym zakresie (tj. kwestii polegania na zdolnościach zawodowych podmiotu trzeciego) wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym,
6. art. 25a ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący nie złożył skutecznie oświadczenia o tym, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy Odwołujący się jako wykonawca wykazał powyższe okoliczności, powołując się m.in. na zasoby podmiotu trzeciego.
Mając na względzie powyższe, wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 22.12.2017 r. wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu oferty Odwołującego się oraz wykluczeniu wykonawcy - P.H.U. „REKO" z postępowania, a także nakazanie przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej,
Odwołujący posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy wynikającą z nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieotrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Czynności Zamawiającego badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu zakończone wykluczeniem Odwołującego z postępowania, prowadziły do pominięcia jego oferty przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej. Odwołaniem wykonawca zmierza do uchylenia skutków niekorzystnych czynności Zamawiającego i doprowadzenia do ponownej weryfikacji oferty w celu jej wyboru. Wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę do wniesienia odwołania Odwołujący powziął w dniu 22.12.2017 roku. Wiadomość e-mail została mu przesłana przez Zamawiającego w godzinach popołudniowych, co w ocenie Odwołującego się i mając na uwadze dotychczasowe postępowanie Zamawiającego oraz okres Świąt Bożego Narodzenia, miało na celu utrudnienie złożenia odwołania.

W dniu 22.12.2017 roku Zamawiający poinformował Odwołującego, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykluczył go z postępowania, a ofertę na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp uznał za odrzuconą. Za najkorzystniejszą uznano ofertę Zakładu Gospodarki Komunalnej Spółka z o.o. w Zawierciu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Wykonawca w złożonej ofercie oświadczył, iż

powołuje się na zasoby podmiotu - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J., ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Jednocześnie Wykonawca w oświadczeniu dot. przesłanek wykluczenia z postępowania oświadczył, że podmiot Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J., ul. Nad Drwiną 30-841 Kraków, na zasoby którego powołuje się w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wykonawca w swojej ofercie nie wskazał podwykonawcy.
Wykonawca do oferty nie dołączył zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Zamawiający w dniu 4 grudnia 2017 roku na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w dniu 06.12.2017 roku złożył pismo - zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, w którym Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. z siedzibą Kraków zobowiązuje się do oddania Wykonawcy tj. Odwołującemu, do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia zdobytych przy świadczeniu usług odbioru i zagospodarowania odpadów z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych położonego na terenie Gminy Mogilany na rzecz Urzędu Gminy w Mogilanach. Udostępnienie zasobów nastąpi w formie doradztwa i konsultacji przy realizacji przedmiotowego zamówienia.
Zamawiający uznał, iż zobowiązanie złożone przez Wykonawcę w swej treści było „ogólnikowe", zawierało jedynie, stwierdzenie, że „udostępnienie zasobów nastąpi w formie doradztwa i konsultacji przy realizacji przedmiotowego zamówienia" i zawierało oświadczenie Wykonawcy oparte na podstawie prawnej - art. 26 ust 2b ustawy Pzp, który został uchylony w wyniku nowelizacji Prawa zamówień Publicznych z dnia 28 lipca 2016 roku.
Zamawiający stwierdził, że nie wie na czym będzie polegało to doradztwo i konsultacje, biorąc pod uwagę specyfikę przedmiotu zamówienia. Następnie Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp pismem z dnia 18.12.2017 roku wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w dniu 20.12.2017 r przedłożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, ale - jak uznał Zamawiający - nie uzupełnił oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust 1 ustawy Pzp, do którego był wzywany.

Nadto Zamawiający uznał, że wykonawca zobowiązany był dołączyć zobowiązanie już do oferty zgodnie z pkt 2 rozdziału XIV Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, a w przypadku jego braku na wezwanie Zamawiającego skierowane w dniu 04.12.2017 roku. Z uwagi na powyższe dokument złożony przez Wykonawcę nie jest oświadczeniem dotyczącym spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do którego Wykonawca był wzywany, co jest jednoznaczne z niespełnieniem przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.
Z powyższym stanowiskiem nie sposób się zgodzić.
W niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ wskazał, iż zastosuje, tzw. „procedurę odwróconą", o której mowa w art. 24aa ust. 1 Ustawy, tj. najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.
Zgodne z rozdziałem XIV SIWZ 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 (dot. warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w pkt 3.2-3.3. rozdziału XIII SIWZ), niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach 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.
Zamawiający ocenia, czy udostępnianie Wykonawcy przez inne podmioty zdolności technicznej lub zawodowej 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.

Odwołujący się wskazał, że w zakresie zdolności technicznych i zawodowych będzie polegał na zdolnościach zawodowych podmiotu trzeciego i będzie mógł wykorzystywać ww. zasoby podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia tj. oddano mu do dyspozycji niezbędne zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia zdobyte przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. przy świadczeniu usług odbioru i zagospodarowania odpadów z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych położonego na terenie Gminy Mogilany na rzecz Urzędu Gminy w Mogilanach.
Podmiot trzeci w oświadczeniu przedłożonym Zamawiającemu wskazał, że:
1. udostępnia zasoby w zakresie: wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego.

---

2. określa sposób wykorzystania udostępnionych zasobów w sposób zupełny i umożliwiający realizację zamówienia i udostępnia wiedzę i doświadczenie jak również doradztwo w zakresie prowadzenia PSZOKU.
3. zakres i okres udziału przy realizacji zamówienia obejmuje: udostępnienie kontenerów/pojemników niezbędnych do realizacji zamówienia oraz prowadzenie PSZOKU w całym okresie obowiązywania umowy z Zamawiającym.
4. w odniesieniu do warunków udziału dotyczących doświadczenia Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. zrealizuje te usługi i umożliwi realizację wszystkich usług, których wskazane zdolności dotyczą.
5. zobowiązuje się do oddania do dyspozycji firmy RĘKO powyższych zasobów na okres korzystania z nich jako niezbędnych do wykonywania zamówienia.
Odwołujący się wskazał Zamawiającemu, że udostępnienie zdolności zawodowych następuje na podstawie umowy o współpracy.
Wbrew twierdzeniom Zamawiającego z powyższego zobowiązania wynika w szczególności: zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego oraz zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego.
Wymaga podniesienia, że zgodnie z SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu była zdolność techniczna i zawodowa polegająca na tym, że wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje należycie co najmniej jedną usługę polegającą na zbieraniu w PSZOK-u odpadów segregowanych uwzględniających co najmniej trzy frakcje będące przedmiotem zamówienia i przekazywania ich do miejsca zagospodarowania w ilości nie mniejszej niż 100 Mg łącznie.
Zamiarem stron porozumienia o udostępnieniu zasobów podmiotu trzeciego jest realny udział podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Podmiot trzeci tj. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M. J. m.in. udostępni kontenery/pojemniki niezbędne do realizacji zamówienia oraz będzie zbierać odpady w PSZOK w okresie obowiązywania umowy z Zamawiającym.
W opinii wykonawcy jak i podmiotu trzeciego istotną kwestią, w zakresie wymaganej i udostępnionej wykonawcy wiedzy i doświadczeniu, jest organizacja pracy i sposobu wykonania konkretnego zamówienia. Dlatego też umiejętność planowania i organizacji pracy własnej i podległego personelu, w tym umiejętność budowania harmonogramu działania (dzień, tydzień, planowanie realizacji przedsięwzięć), umiejętności zarządzania czasem, diagnozy indywidualnych przeszkód w efektywnej organizacji pracy własnej i personelu oraz

---

wykorzystania czasu jest zasadniczym warunkiem wykonania dużej usługi w zakresie usług związanych z gospodarką odpadami.
Poza tym w ramach realizacji zamówienia i zgodnie z jego opisem wykonawca jest zobowiązany nie tylko do zbierania w PSZOK-u odpadów segregowanych, ale do utworzenia, utrzymania i obsługi dwóch PSZOK- ów oraz zagospodarowania odpadów w
nich zebranych i określonego sposobu postępowania z odpadami zgromadzonymi w PSZOK, w tym także przyjmowania odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz wskazywania miejsc przeznaczonych do ich gromadzenia; prowadzenia ewidencji osób przekazujących odpady, w której Wykonawca zobowiązany będzie uzupełniać masę, rodzaj, kod odpadu i datę dostarczenia, utrzymywania czystości i porządku na terenie PSZOK,

zapewnienia kontaktu telefonicznego z obsługą PSZOK, sporządzania tygodniowych raportów z ilości zebranych odpadów według załącznika nr 5 do umowy; sporządzania comiesięcznych sprawozdań dotyczących ilości i rodzaju odpadów.
W opinii Odwołującego Zamawiający błędnie zatem uznał, że Odwołujący, powołując się na zdolności zawodowe podmiotu trzeciego, nie wskazał, iż podmiot ten będzie podwykonawcą. Takie twierdzenie Zamawiającego nie znajduje oparcia w obowiązującym stanie prawnym. Podkreślić wszak należy, że udostępnienie przez podmiot trzeci niezbędnych do wykonania zamówienia zasobów nie oznacza konieczności powierzenia podmiotowi trzeciemu wykonania całości lub części przedmiotu zamówienia wyłącznie na zasadzie podwykonawstwa. Ustawodawca nie narzucił podwykonawstwa jako wyłącznej formy współpracy pomiędzy wykonawcą, a podmiotem trzecim, przepis art. 22a ust. 1 ustawy wyraźnie wskazuje bowiem na to, że powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich może mieć miejsce bez względu na charakter stosunków łączących strony. Współpraca ta może, lecz nie musi, mieć charakter podwykonawstwa, zaś strony zgodnie z zasadą swobody umów mogą ułożyć swój stosunek prawny wedle własnego uznania, byle nie byłby on sprzeczny z ustawą, naturą stosunku prawnego czy też zasadami współżycia społecznego. Aktualne przy tym, w związku z dyspozycją przepisu art. 22a ust. 4 ustawy, pozostaje stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 01.01.2015 roku, sygn. akt KIO 1007/15, zgodnie z którym dopuszczalne są także inne formy udostępniania zasobów, chociażby w postaci konsultacji i doradztwa, za pomocą których może równie skutecznie dojść do rzeczywistego udostępnienia zasobów, jak i rzeczywistego czynnego udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia - co już wcześniej podniesiono.
O spełnieniu tych warunków przesądza wszak treść udzielonego zobowiązania i nie można stawiać odgórnie tezy o tym, że sama forma konsultacji i doradztwa nie pozwala na to, by mogło dojść do rzeczywistego przekazania przez podmiot trzeci swojej zdolności zawodowej na rzecz innego podmiotu.

W konsekwencji przyjąć należy, że Zamawiający nie był i nie jest uprawniony do tego, aby reglamentować rodzaj więzi prawnej między wykonawcą, a innym podmiotem i wymagać np. łączącej ich umowy o podwykonawstwo.
Przepis art. 22a ust. 4 ustawy nakazujący konieczność wykonania zamówienia (robót budowlanych lub usług) przez podmiot trzeci, w takim zakresie, w jakim udostępnione
zdolności są wymagane do ich realizacji, nie może łamać ogólnej zasady stwarzającej możliwości wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego przez wykonawcę bez względu na charakter stosunków łączących strony - byleby wykorzystanie to było realne - co należy obecnie rozumieć jako aktywny udział w realizacji zamówienia, lecz w zakresie jaki udostępnione zdolności są wymagane przez Zamawiającego.
Mając na uwadze powyższe niewątpliwie Odwołujący się legitymuje się podstawą do stwierdzenia, że podmiot trzeci jako przedsiębiorca będzie brał udział w wykonywaniu zamówienia w zakresie, w jakim udzielił wykonawcy własnych zasobów. Niewątpliwie do składników przedsiębiorstwa należy suma doświadczeń zawodowych, posiadanych zdobyczy myśli technicznej i organizacyjnej, czyli to, co określa się nazwą know-how. Tak więc w skład przedsiębiorstwa wchodzą również takie elementy jak np. renoma przedsiębiorstwa, czyli kategoria praktycznie tożsama z referencjami oraz związane z nimi doświadczenie w realizacji podobnych zamówień.
Należy wskazać, iż doświadczenia nie można samodzielnie zbyć, ani w inny sposób zadysponować nim przenosząc go na określony podmiot. Wynika to z tego, iż posiadanie doświadczenia jest kwestią faktu, nie zaś prawa. Doświadczenie stanowi indywidualny dorobek przedsiębiorstwa, na który składa się ogół wiadomości oraz umiejętności zdobytych w toku prowadzonej działalności gospodarczej. W tej sytuacji doświadczenie dzieli zawsze byt prawny przedsiębiorstwa. Stąd też, dla wykazania dysponowania odpowiednimi zasobami podmiotu trzeciego przy ocenie spełnienia warunków wiedzy i doświadczenia niezbędne może być powołanie się na udział podmiotu trzeciego w wykonywaniu udzielanego zamówienia - co wskazywał Odwołujący się w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez Zamawiającego.
Co do procedury przyjętej przez Zamawiającego wymaga wskazania, że oświadczenie Wykonawcy nie może zostać zdyskwalifikowane z uwagi na omyłkowe wskazanie w nim podstawy prawnej tj. art. 26 ust 2b ustawy Pzp, który został uchylony w wyniku nowelizacji Prawa Zamówień Publicznych z dnia 28 lipca 2016 roku. Decydująca winna być treść tego

oświadczenia.
Poza tym skoro zobowiązanie złożone Zamawiającemu, który powinien zawsze jednoznacznie ustalić, czy istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy, budziło jego wątpliwości to winien wezwać go do uzupełnienia bądź złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Wymaga podniesienia, że pierwsze z wezwań tj. z dn. 4.12.2017 roku dotyczyło przedłożenia dokumentu, a nie wyjaśnienia jego treści czy uzupełnienia go.
Tym niemiej pismem z dn. 18.12.2017 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia „ oświadczenia wykonawcy składanego na podstawie art. 25a ust. l ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r Prawo zamówień publicznych dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu" — co wynika wprost z petitum wezwania.
Niezrozumiałe zatem pozostaje twierdzenie Zamawiającego w piśmie z dn. 22.12.2017 roku, że wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp dotyczącego samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W treści petitum wezwania nie pojawia się wymóg potwierdzenia samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
Abstrahując od powyższego, wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w dniu 20.12.2017 roku prawidłowo przedłożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, a więc uzupełnił oświadczenie składane na podstawie art. 25a ust 1 ustawy Pzp, do którego był wzywany.
Odnosząc się do podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania wynikającej z normy określonej w art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy należy wskazać, iż znajduje ona zastosowanie w sytuacji, w której wykonawca 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. Aby mieć cały obraz sytuacji, w której zamawiający jest zobowiązany do wykluczenia wykonawcy z postępowania należy także wskazać na wcześniejsze przepisy regulujące sposób potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
W szczególności istotnym w sprawie jest przywołanie treści art. 22a Ustawy, w którym określono, iż 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, niezależenie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (ust. 1).
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 (ust. 3).
Użycie w przepisie art. 26 ust. 3 Ustawy kategorycznego sformułowania ,,wzywa,, oznacza, że zamawiający nie ma dowolności w stosowaniu tego przepisu. Jeśli w określonym stanie

---

faktycznym zostanie spełniona jedna z przesłanek stosowania tego przepisu, zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia stosownych oświadczeń lub dokumentów.
Ewentualne wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w konsekwencji niezaproszenia do negocjacji lub złożenia oferty wstępnej lub niewykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy - bez wcześniejszego wezwania do uzupełnienia odpowiednich dokumentów - byłoby przedwczesne i niezgodne z przepisami Ustawy.
W niniejszej sprawie jeśli Zamawiający uznał, że zobowiązanie z dn. 6.12.2017 roku do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia budzi jego wątpliwości bądź jest niekompletne - winien wezwać do jego uzupełnienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, a nie od razu próbować wystosować wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zachował się w sposób prawidłowy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w dniu 20.12.2017 roku i przedłożył uzupełnione zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia i tym samym udowodnił spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości bowiem całość zarzutów odwołania jest bezzasadna.
Zamawiający wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu zostały złożone dwie oferty tj. odwołującego i przystępującego. Potwierdził fakt zawiadomienia z dnia 22 grudnia 2017 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp odwołującego, wobec nie wykazania przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji o uznaniu oferty za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy pzp.
Przypomniał warunki udziału w postępowaniu kreślone w siwz w rozdziale XIII pkt 3.3, w tym wymóg wykonywania usług polegających na zbieraniu w PSZOK-u odpadów segregowanych uwzględniających co najmniej trzy frakcje będące przedmiotem zamówienia i przekazywania ich do miejsca zagospodarowania w ilości nie mniejszej niż 100 Mg łącznie.
Zgodnie z pkt 2 R. XIV siwz wykonawca który polega na zdolnościach innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych

podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia – dokument ten (np. zobowiązanie) należało złożyć wraz z ofertą.
Powyższy obowiązek wynikał również z treści ogłoszenia o zamówieniu (sekcja IV.6.6).
Ponadto zgodnie z siwz R. XIV pkt 2.1 „Z dokumentu (np. zobowiązania), o którym mowa powyżej musi wynikać w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego, zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego, czy podmiot, na których zdolnościach wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.
Wykonawca w ofercie /w oświadczeniu wstępnym/ oświadczył, że powołuje się na zasoby podmiotu /…/M. J. w Krakowie, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Jednocześni wykonawca w oświadczeniu dot. przesłanek wykluczenia z postępowania oświadczył, że w/w podmiot, na zasoby którego powołuje się w postępowaniu nie podlega wykluczeniu z postępowania. Wykonawca w swojej ofercie nie wskazał żadnego podwykonawcy, nie wskazał również żadnych części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcom.
Dlatego też zamawiający, mając na względzie treść rozdziału XXI pkt 1.2 uznał, że wykonawca zrealizuje zamówienie siłami własnymi. Przypomniał postanowienia siwz, iż wykonawca zamierzający wykonywać zamówienie przy udziale podwykonawcy, musi w formularzu oferty /zał. 1 do siwz/ wskazać część/zakres zamówienia jaką wykonywać będzie w jego imieniu podwykonawca oraz podać nazwę podwykonawcy. W innym wypadku należało wpisać w odpowiednim miejscu formularza „nie dotyczy” lub podobne sformułowanie. Punkt niewypełniony, zgodnie z siwz powoduje uznanie, iż zamówienie zostanie wykonane siłami własnymi tj. bez udziału podwykonawców.
Wykonawca do oferty nie dołączył żadnego dokumentu np. zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia niezbędnych zasobów. Zamawiający wskazał na opinię UZP o potrzebie złożenia z ofertą /…/ zobowiązania podmiotu trzeciego. Brak tego dokumentu podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3, gdyż jest to „inny dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania.
W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 4 grudnia 2017 r. wykonawca dnia 6 grudnia 2017 f. złożył pismo – zobowiązanie do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w który przedsiębiorca udostępniający na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy pzp zobowiązuje się do oddania wykonawcy (odwołującego) „do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia zdobytych przy świadczeniu usług odbioru i zagospodarowania odpadów z

Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych położonego na terenie Gminy Mogilany na rzecz Urzędy Gminy w Mogilanach. Udostępnienie zasobów nastąpi w formie doradztwa i konsultacji przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia: cały okres wykonywania zamówienia. Charakter stosunku łączącego nas z wykonawcą: umowa współpracy."

W ocenie zamawiającego zobowiązanie ma charakter ogólny, zawiera jedynie stwierdzenie, że udostępnienie zasobów nastąpi w formie doradztwa i konsultacji przy realizacji przedmiotowego zamówienia. Oświadczenie oparto na uchylonej podstawie prawne (art. 26 ust. 2b ustawy). Zamawiający nie zdyskwalifikował tego zobowiązania z uwagi na błędną podstawę prawną. Wskazał tylko w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania ten fakt, gdyż być może to właśnie było przyczyną złożenia zobowiązania o tej treści. Wskazany przepis po nowelizacji został zastąpiony przepisem art. 22a ust. 2 ustawy pzp, w niemal identycznym brzmieniu, ale jednak rozszerzoną regulacją ustępu 4. Zgodnie z art. 22a ust. 4 w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, 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. Przepis ma zastosowanie więc do skorzystania z zasobów podmiotów trzecich w postępowaniach na usługi i roboty budowlane, a jego kategoryczna treść nie pozostawia wątpliwości, że podmiot udostepniający swoje zasoby, które to wykonawca przedstawia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, musi wykonywać w trakcie realizacji zamówienia te czynności, w wykonaniu których legitymuje się doświadczeniem i które były podstawą oceny. W doktrynie przepis art. 22a ust. 4 nazywany jest obowiązkowym podwykonawstwem, Jeśli chodzi o zakres tego podwykonawstwa, należy to przeanalizować pod kątem zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Jeśli wykonawca, nie mający własnego doświadczenia „pożyczył" to doświadczenie od innego podmiotu, to oczywiste jest, że tylko ten podmiot, na podstawie art. 22a ust. 4 musi wykonać czynności związanie z przedmiotem użyczenia, a nie tylko ich część. Tak w wyroku KIO 2082/16 z 17.11.2016 r., w którym stwierdzono, ze podmioty trzecie, które udostępniają potencjał na potrzeby realizacji zamówienia, są zobowiązane w całości zrealizować zamówienie.

Zdaniem zamawiającego nieuprawniona jest interpretacja przepisu oparte na założeniu, że podwykonawstwo podmiotu trzeciego może dotyczyć jedynie wykonania części zamówienia, obejmującego doświadczenie podmiotu trzeciego. Oznaczałoby to w rzeczywistości zaakceptowanie takiego stanu rzeczy, że część zamówienia, niezwiązana z wykona podwykonawstwem a podmiot bez doświadczenia, taki podgląd przeczy racjonalności przepisu art. 22a ust. 4 ustawy pzp.

Wskazał na podgląd w piśmiennictwie (Dzierżanowski, Jerzykowski, Stachowiak w Komentarz PZP) /…/ zgodnie z ust. 4 komentowanego artykułu dopuszczalne jest wykazanie się potencjałem podmiotów trzecich, o ile podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do których wykonania te zdolności są wymagane. Ustawa nakłada więc wymóg, aby udostępnienie potencjału co do określonych zdolności nastąpiło przez udział podmiotu w realizacji zamówienia w określonym zakresie. Zakres ten wyznaczony jest przedmiotowo – jako realizacja takich prac, do których podmiot trzeci posiada kompetencje, a wykonawca wykazał je w ramach oceny spełniania warunków.

Jeżeli więc wykonawca podjął decyzję o udziale w postępowaniu, opierając się na zasobach podmiotu trzeciego, powinien udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami niezbędnymi do realizacji umowy /art. 22a ust. 2 ustawy pzp/. Tymczasem wykonawca w ofercie deklaruje samodzielną realizację zamówienie /brak jakichkolwiek podwykonawców/, a z uzupełnionego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy w dniu 6 grudnia 2017 r. zobowiązanie wynika jedynie, że „udostępnienie zasobów nastąpi w formie doradztwa i konsultacji przy realizacji przedmiotowego zamówienia". Dysponowanie określonymi zasobami musi być jednoznaczne i nie może wynikać z dedukcji czy domysłów zamawiającego co do tego, czy podmiot, który przedstawia zobowiązanie innego podmiotu do udzielenia odpowiednego zasobu rzeczywiście nim dysponuje, a także w jakim zakresie nastąpiło udzielenie potencjału innego podmiotu. Jeśli złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy odpowiedniego zasobu wymaga podjęcia zabiegów interpretacyjnych w celu ustalenia jego treści, w tym zakresie udostępnienie

zasobu, to nie sposób uznać za udowodnione jego udostępnienie (tak W. Bajda, Ocena realności udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego, Nr 4 2014, Zamawiający. Zamówienia Publiczne w Praktyce, str. 32). Biorąc pod uwagę powyższe wykonawca nie wykazał a tym samym nie udowodnił zamawiającemu, że w sposób rzeczywisty, a tym samym umożliwiający należyte wykonanie zamówienia, z udostępnionego potencjału będzie korzystał, czy też do udostępnionych zasobów będzie miał dostęp. Z treści przedłożonego zobowiązania powinno wynikać, w jaki sposób podmiot będzie udostępniał posiadaną wiedzę i doświadczenie. Tylko na podstawie takiej treści można dokonać oceny, czy rzeczywiście nastąpi realne udostępnienie wskazanych zasobów. Zamawiający musi znać treść łączącego podmiot trzeci i wykonawcę stosunku zobowiązaniowego, wynikających z niego praw i obowiązków, aby móc dokonać analizy, czy sposób jego ukształtowania umożliwi wykonawcy rzeczywiste korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego. Możliwość skorzystania z potencjału innego podmiotu nie oznacza jedynie formalnego powołania się na zasoby, ale taki sposób ich wykorzystania, który faktycznie powoduje realne ich zaangażowanie przy realizacji zamówienia.

Zamawiający wskazał na treść art. 26 ust. 3 ustawy pzp zauważając, że cechą charakterystyczną procedury z tego przepisu, zgodnie ze stanowiskiem Prezesa UZP jest obligatoryjność wezwania i jednokrotność czynności wezwania oraz skutek, przy bezskuteczności polegający na wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Przypomniał, że na wezwanie otrzymał dokument – zobowiązanie, które nie było
wystarczające i nie dowodziło faktycznego korzystania z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, co ocenił jako niezgodność przedstawionego dokumentu z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy pzp, co doprowadziło do negatywnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu.
Wskazał na orzecznictwo KIO dotyczące realności udostępniania na czas realizacji.
Za błędne uznał stanowisko odwołującego zgodnie z którym „skoro zobowiązanie złożone zamawiającemu, który powinien zawsze jednoznacznie ustalić czy istnieją podstawy do wykluczenia wykonawcy budziło jego wątpliwości to powinien wezwać go do uzupełnienia bądź złożenia wyjaśnień w tym zakresie". Zamawiający podkreślił, że pierwsze wezwanie z 4 grudnia 2017 r. było wezwaniem do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp na etapie oceny oświadczeń stanowiących wstępne potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 3 ustawy pzp, a więc do przedłożenia dokumentu, nie mogło być więc wezwaniem do wyjaśnienia jego treści bowiem dokument ten nie został złożony do oferty i zamawiający nim nie dysponował. Nie można wzywać do wyjaśnienia dokumentu, którego fizycznie brakuje, Zaś złożone dnia 6 grudnia 2017 r. zobowiązanie, mając również na względzie treść złożonej oferty w żaden sposób nie dowodziło, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Dlatego też zamawiający wezwał dnia 18 grudnia 2017 r. do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie at. 25a ust. 1 ustawy pzp potwierdzającego samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wskazał także na fakt, że sam wykonawca w wyniku wezwania z dnia 18 grudnia oświadczył, że „zobowiązanie przedstawione w dniu 6.12.2017 r. w związku z wezwaniem do uzupełnienia zostało złożone omyłkowo."
Powyższe zdaniem zamawiającego wskazuje jednoznacznie na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę.
Przypominając o zasadzie jednorazowego wzywania do uzupełnienia dokumentów zamawiający przypomniał treść wezwania z 18.12.2017 r.. w którym przypomniał iż przedstawione zobowiązanie nie spełnia przesłanek ustawowych i nie może być przedmiotem domysłów i domniemań. Dlatego wykonawca został wezwany do samodzielnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu – „W związku z powyższym zamawiający wzywa do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy /…/ potwierdzającego samodzielne spełnienie warunków udziału w

---

postępowaniu określonych przez zamawiającego w pkt 3.3 rozdziału XIII siwz w terminie do dnia 20.12. 2017 r." Jednakże odwołujący pouczony o tym, jak należy udowodnić skorzystanie z zasobów podmiotu trzeciego złożył rozszerzoną treść zobowiązania podmiotu trzeciego /dokument z dnia 19.12.2017 r./, niejako uzupełnioną treść wskazując

zamawiającemu, że poprzednio złożone zobowiązanie zostało przedłożone omyłkowo. Przypomniał jednorazowość procedury z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, wobec czego nie mógł po raz kolejny wzywać do uzupełnienia tego samego dokumentu, w szczególności zobowiązania do oddania zasobów. Dlatego też, jak wskazał wcześniej, w dniu 18.12.2017 r. wezwał wykonawcę do uzupełnienia oświadczenia składanego na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy pzp potwierdzającego samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Zawierciu. Jako wykonawca, którego oferta została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Wskazał o, że wniesione odwołanie nie czyni żadnych zarzutów o charakterze podmiotowym co do oferenta wybranego, a stanowi wyłącznie polemikę co do spełnienia przez odwołującego warunków określonych w treści siwz. Przypomniał, że w postępowaniu zostały złożone dwie oferty.

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili na rozprawie stanowiska. Odwołujący stwierdził, że odpowiedź na odwołanie, wniesiona przez Zamawiającego, jest zbieżna z treścią uzasadnienia decyzji o wyniku postępowania, w tym wykluczeniu Odwołującego i odrzuceniu jego oferty. Przypomniał treść specyfikacji, w zakresie spornego warunku udziału w postępowaniu i wskazał na treść zobowiązania podmiotu trzeciego, w dokumencie, który złożył dnia 19.12.2017 r., potwierdzającym spełnienie wymaganego warunku przez podmiot trzeci, udostępniający wykonawcy niezbędne zasoby. Przypomniał treść wezwania z dnia 18.12.2017, z którego petitum nie wynika, by Zamawiający oczekiwał potwierdzenia spełnienia warunku samodzielnie przez wykonawcę. Wskazał na procedurę składania i uzupełniania dokumentów, w szczególności treść wezwań Zamawiającego i uzyskanych odpowiedzi.

Zamawiający poparł stanowisko z odpowiedzi na odwołanie. Przypomniał o możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego z wymogiem, wskazanym w ogłoszeniu i w specyfikacji, złożenia wraz z ofertą stosownego dowodu np. zobowiązania. Przypomniał, iż wobec braku dowodu w ofercie, wezwał w trybie art. 26 ust. 3, w dniu

---

04.12.2017, wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, dotyczącego oddania do dyspozycji wykonawcy zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W odpowiedzi otrzymał dnia 06.12.2017 zobowiązanie, ocenione jako niewykazujące realności dysponowania zasobami, stosownie do wymogu art. 22a ust. 4 ustawy pzp. Ocenę taką przedstawił w kolejnym piśmie, wezwaniu z dnia 18.12.2017, w którym wskazał, iż oczekuje spełnienia warunków samodzielnie przez wykonawcę. W odpowiedzi otrzymał nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego, którego nie mógł uznać za skuteczne w postępowaniu, z uwagi na nieotrzymanie żądanego dokumentu. Nowe zobowiązanie było także wewnętrznie sprzeczne i wpływające na treść złożonej oferty, przez wskazanie udziału podmiotu trzeciego, w realizacji zamówienia, w charakterze podwykonawcy.
Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania. Podzielił stanowisko Zamawiającego. Wskazał na wymóg, w razie korzystania z zewnętrznych zasobów realnego udziału podmiotu trzeciego w wykonaniu zamówienia, co do zasady, w formie podwykonawstwa. Wskazał na konieczność zaspokojenia interesu publicznego i zachowania zasad udzielania zamówień, co zostało zachowane w czynnościach Zamawiającego, prowadzonych w toku postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferta odwołującego oraz złożone wyjaśnienia, jak również stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.
Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp; zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji, a tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia zamówienia

konkurującemu wykonawcy.
W ocenie składu orzekającego odwołujący nie udowodnił skutecznie zasadności podniesionych zarzutów i tym samym twierdzenia że potwierdził on w toku postępowania spełnienie wymaganych warunków udziału w prowadzonym przez zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
Jak ustalono wykonawca (odwołujący) w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu określonemu w rozdziale XIII pkt 3.3 w zakresie zdolności technicznej i

---

zawodowej, zgodnie z którym należało wykazać świadczenie usługi polegającej na zbieraniu w PSZOK-u odpadów segregowanych uwzględniających co najmniej trzy frakcje będące przedmiotem zamówienia i przekazywania ich do miejsca zagospodarowania w ilości nie mniejszej niż 100 Mg łącznie, oświadczył w złożonej ofercie, że powołuje się na zasoby podmiotu Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MIKI M.

J. z Krakowa. Podmiot ten stosownie do oświadczenia wykonawcy nie podlega wykluczeniu. W ofercie nie wskazano udziału podwykonawcy przy realizacji zamówienia.
Jak wynika z postanowień R. XIV pkt 2 siwz wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów, musi udowodnić, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, a stosowny dowód (dokument) na zobowiązanie należało złożyć wraz z ofertą.
Wobec braku takiego dowodu w ofercie zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, na które to wezwanie otrzymał zobowiązanie ww przedsiębiorstwa – podmiotu trzeciego, który na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy pzp zobowiązuje się do oddania wykonawcy „do dyspozycji niezbędnych zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia zdobytych przy świadczeniu usług odbioru i zagospodarowania odpadów/.../ Udostępnienie zasobów nastąpi w formie doradztwa i konsultacji przy realizacji przedmiotowego zamówienia."
Skład orzekający podziela pogląd zamawiającego, że częściowo wyżej zacytowane zakres i forma udostępnienia zasobów nie potwierdza realności udostępnienia na zasadach wymaganych obowiązującym przepisem art. 22a ust. 4 ustawy pzp tj. przez realizację usług, do realizacji których udostępniane zostały wymagane zdolności.
Tym samym wykonawca nie uzupełnił skutecznie wymaganego dokumentu na potwierdzenie skuteczności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci.
W wyniku kolejnego wezwania do uzupełnienia oświadczenia na podstawie art. 25a ust. 1 ustawy pzp w celu złożenia dokumentu o samodzielnym spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, wykonawca takiego oświadczenia nie przedłożył, natomiast przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego o treści odmiennej w stosunku do poprzedniego zobowiązania, w szczególności wskazano na dodatkowe rodzaje sposobów udostępnienia zasobów i użyto określenia, iż podmiot trzeci będzie podwykonawcą.
Powyższe nie może być uznane za czyniące zadość wymogom procedury, jako że w omawianym zakresie uzupełnienia dokumentu procedura z art. 26 ust. 3 ustawy pzp jako jednokrotna, została wyczerpana. Ponadto kolejne nowe oświadczenie prowadzi w istocie do zmiany treści oferty, w której deklarowano samodzielne wykonanie usługi bez udziału podwykonawców.

Tym samym stwierdzić należy, że odwołujący nie potwierdził skutecznie spełniania warunków udziału w postępowaniu ani samodzielnie ani z wykorzystaniem udostępnionych zasobów podmiotu trzeciego.
Wobec powyższego decyzja zamawiającego w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia odwołującego z postępowania i w konsekwencji uznania złożonej oferty za odrzuconą, nie naruszała przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przedstawionych w odwołaniu na poparcie wniesionych zarzutów.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy

pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: ……