

WYROK

z dnia 3 marca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 2 marca 2022 r. odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 lutego 2022 r. przez
wykonawcę R. S., K. S. TRONIX s.c., Warszawa,

w postępowaniu prowadzonym przez Ministerstwo Infrastruktury, Warszawa

przy udziale wykonawcy AHORST Sp. z o.o., z siedzibą w Milanówku, zgłaszającego
swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę R. S., K. S. TRONIX s.c., Warszawa i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie:
siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę R. S., K. S.
TRONIX s.c., Warszawa tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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:

W dniu 16 lutego 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy R. S., K. S. TRONIX s.c., Warszawa (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Ministerstwu Infrastruktury (dalej „Zamawiający”) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z

2019 poz. 2019 z późn. zm.) - dalej: „ustawa Pzp” poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Ahorst sp. z o.o. pomimo, że nie złożył on podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności badania i oceny ofert; odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Ahorst sp. z o.o.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że pismem z dnia 11.02.2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. Za najkorzystniejszą uznana została oferta złożona przez wykonawcę Ahorst Sp. z o.o. z siedzibą w Milanówku. W oparciu o dokonaną analizę oferty wykonawcy Ahorst sp. z o.o. oraz złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych Odwołujący stwierdza, że Zamawiający w sposób wadliwy ustalił, że wykonawca ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Ahorst sp. z o.o. pomimo, że wykonawca ten nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W treści złożonej oferty (pkt 12 formularza ofertowego) Ahorst sp. z o.o. wskazała, że rodzajem zasobów jej udostępnianych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest wiedza i doświadczenie. Deklaracja ta znalazła potwierdzenie w treści pisemnego zobowiązania innego podmiotu tj. Bamix sp. z o.o. sp.k. złożonego wraz z ofertą Ahorst sp. z o.o., gdzie spośród dwóch możliwych do zaznaczenia zasobów tj. doświadczenia oraz kwalifikacji zawodowych inny podmiot zaznaczył wyłącznie „doświadczenie”. Wyjaśnić należy, że w pkt 4.1.5.1 SWZ określony został warunek wiedzy i doświadczenia wykonawcy, a w pkt 4.1.5.2 SWZ określony został warunek dotyczący dysponowania potencjałem kadrowym, którego jedynym elementem są wymagane dla wskazanych osób kwalifikacje zawodowe wynikające z rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28.04.2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci. (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z późn.zm.). Uwzględniając okoliczność, w której stosownie do treści SWZ Zamawiający określił wskazane wyżej dwa rodzaje warunków treść oferty Ahorst sp. z o.o. potwierdzała, że polega on na zasobach innego podmiotu wyłącznie w zakresie jednego z zasobów tj. dotyczących doświadczenia.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca Ahorst sp. z o.o. przedłożył podmiotowe środki dowodowe, których treść potwierdzała, że wykonawca polega na zasobach innego podmiotu wyłącznie w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia. W treści wykazu osób, w kolumnie „informacja o podstawie do dysponowania osobą”, wykonawca w przypadku obu wymienionych w nim osób nie informował, że podstawę do dysponowania nimi jest zobowiązanie innego podmiotu, a poprzez wskazanie w wykazie jako podstawy dysponowania osobami „umowa o pracę”, jednoznacznie potwierdzał, że jest to jego zasób własny, który zatrudnia na podstawie umowy o pracę. Przedłożone przez wykonawcę Ahorst sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. wezwanie dokumenty podmiotowe nie zostały uznane przez Zamawiającego za potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 04.02.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Ahorst sp. z o.o. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Ahorst sp. z o.o. przedłożył m.in. nowy wykaz osób z którego treści wynikało, że jedna z osób wskazanych w nim jest udostępniana przez inny podmiot tj. firmę R. C. Comtel. W kolumnie „informacja o podstawie do dysponowania osobą” w odniesieniu do osoby Pana

R. C. znalazła się informacja „Umowa o pracę - zasób udostępniony - firmy Comtel”.

Jak zatem widać wykonawca Ahorst sp. z o.o. dokonał zmiany formuły spełnienia warunku w zakresie potencjału kadrowego z pierwotnie zadeklarowanych w ofercie własnych zasobów

na zasoby udostępnione. Potwierdzeniem tej zmiany jest zresztą treść pisemnego zobowiązania firmy R. C. Comtel złożonego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, gdzie w pkt 1 jako zakres udostępnionych zasobów wskazano nie tylko pierwotnie zaznaczone „doświadczenie”, ale również „kwalifikacje zawodowe”, które dotyczą potencjału kadrowego.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze powyższe okoliczności, Ahorst sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku o którym mowa w pkt 4.1.5.2 SWZ tj. warunku w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Uzupełniony w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wykaz osób obejmował potencjał udostępniony przez inny podmiot, co pozostaje w sprzeczności z treścią złożonej oferty. W sytuacji w której w treści oferty wykonawca nie wskazywał, że polega na zasobach kadrowych innego podmiotu (kwalifikacje zawodowe), to uzupełnienie dokumentów podmiotowych w tym zakresie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie umożliwiło mu zmianę sposobu spełnienia tego warunku. Brak takiej możliwości wynika wprost z art. 123 ustawy Pzp, który stanowi, że wykonawca nie może, po upływie terminu składania ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. W zaistniałej sytuacji, kiedy wyczerpana została już możliwość poprawienia braków w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, konieczne jest odrzucenie oferty wykonawcy Ahorst sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego, niezależnie od opisanej wyżej wadliwości podmiotowych środków dowodowych złożonych przez wykonawcę Ahorst sp. z o.o. Odwołujący wskazuje ponadto, że sama treść pisemnego zobowiązania innego podmiotu tj. firmy R. C. Comtel jest wadliwa i nie potwierdza, że wykonawca będzie mógł realnie dysponować udostępnionym potencjałem kadrowym tj. osobą Pana R. C. . Odwołujący podkreślił, że w pkt 5.1.4 SWZ, w ślad za art. 118 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wymagał, aby zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzało, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów

podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;

- czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje zamówienie/ jego część, których wskazane zdolności dotyczą.

Jak wynika z treści pisemnego zobowiązania firmy R. C. Comtel, w kluczowym dla wykazania realności udostępnienia zasobów kadrowych pkt 2 tego zobowiązania („Sposób udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia”) inny podmiot ujął wyłącznie następującą treść: „Doświadczenie i kwalifikacje zawodowe”. Nie ulega zatem wątpliwości, że w treści pisemnego zobowiązania mającego na celu wykazanie realności udostępnienia zasobów kadrowych zabrakło wskazania w jaki sposób potencjał kadrowy zostanie udostępniony i w jaki sposób będzie mógł być wykorzystany przez samego wykonawcę. W szczególności zabrakło zobowiązania innego podmiotu, że Pan R. C. zostanie skierowany do pełnienia w trakcie całej realizacji zamówienia wymaganej funkcji dozoru tj. kierował będzie czynnościami osób wykonujących prace w zakresie konserwacji i remontów urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 3.

Ponadto, w ocenie Odwołującego, również treść punktu 4 pisemnego zobowiązania („Wykonanie prac naprawczych, dodatkowych, usuwanie awarii na obiekcie na podstawie umowy o pracę jako wsparcie dla pracowników firmy Ahorst Sp. z o.o.”) nie daje podstaw do przyjęcia, że przedmiotowy zasób został realnie udostępniony. W punkcie tym winno znaleźć się jednoznacznie zobowiązanie, że Pan R. C. będzie pełnił w trakcie realizacji zamówienia funkcję/czynności pokrywające się z warunkiem tj. że będzie kierował czynnościami osób wykonujących prace w zakresie konserwacji i remontów urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 3 (czynności dozoru). Stwierdzenie w pkt 4

zobowiązania, że osoba ta będzie świadczyła wsparcie dla pracowników Ahorst sp. z o.o. nie koresponduje w sposób właściwy z warunkiem udziału w postępowaniu. Zresztą sama ta treść wprowadza w błąd, gdyż stosownie do §4 pkt 6.9 i 6.10 osoba pełniąca funkcję dozoru zobowiązana jest do stałego pobytu na obiekcie, a nie jedynie do wsparcia dla bliżej nieokreślonych pracowników wykonawcy. Stwierdzenie z pkt 4 zobowiązania sugeruje wręcz, że Pan R. C. nie ma zamiaru stale przebywać na obiekcie i uczestniczyć w czynnościach konserwacji i remontów, a będzie jedynie wsparciem dla pracowników wykonawcy jeżeli zajdzie taka potrzeba.

W ocenie Odwołującego uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że przedłożone przez wykonawcę Ahorst sp. z o.o. zobowiązanie innego podmiotu nie potwierdza realności dysponowania udostępnionymi zasobami kadrowymi, a w konsekwencji nie potwierdza spełnienia warunku o którym mowa w pkt 4.1.5.2 SWZ. Nie jest ponadto możliwe ponowne wezwanie wykonawcy do uzupełnienia ww. braku, gdyż był on w tym zakresie już wzywany pismem z dnia 02.02.2022 r. Wadliwość ta winna skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp. c)

Ponadto, Odwołujący wskazał, że istotą kolejnej wadliwości dokumentów podmiotowych przedłożonych przez wykonawcę Ahorst sp. z o.o. jest okoliczność w której pisemne zobowiązanie innego podmiotu tj. R. C. Comtel nie potwierdza realności dysponowania przez wykonawcę zasobem wiedzy i doświadczenia tego podmiotu. Jak zostało to już wyżej wskazane pkt 5.1.4 SWZ, w ślad za art. 118 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wymagał, aby pisemne zobowiązanie potwierdzało, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Ponadto, stosownie do art. 118 ust. 2 ustawy Pzp przywołanego przez Zamawiającego w wezwaniu skierowanym do Ahorst sp. z o.o. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Należy zauważyć, że warunek wiedzy i doświadczenia obejmował konieczność wykazania się doświadczeniem w wykonaniu min. 2 usług, z których każda obejmowała/obejmuje obsługę techniczną, konserwację lub serwis systemów lub urządzeń w zakresie, co najmniej:

- a) instalacji wodociągowej - wody zimnej, ciepłej i cyrkulacji,
- b) instalacji kanalizacji sanitarnej i deszczowej,
- c) instalacji centralnego ogrzewania,
- d) instalacji i urządzeń węzłów ciepłych wraz ze zintegrowaną automatyką,

W treści pisemnego zobowiązania innego podmiotu, w pkt 4, który jako jedyny wskazuje zakres i rodzaj prac jakie wykona inny podmiot ujęto jedynie następującą treść:

- „Wykonanie prac naprawczych, dodatkowych, usuwanie awarii na obiekcie na podstawie umowy o pracę jako wsparcie dla pracowników firmy Ahorst Sp. z o.o.”

W ocenie Odwołującego, z powyższego wynika co najwyżej, że odnosi się do zasobów kadrowych, a nie wiedzy i doświadczenia. Tymczasem, stosownie do przywołanego wyżej art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz treści samego wezwania skierowanego do wykonawcy w

trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, warunkiem polegania na zasobach innego podmiotu w

zakresie wiedzy i doświadczenia jest wykonanie przez ten podmiot usług do realizacji których zdolności były wymagane. Zdaniem Odwołującego, mając na uwadze treść warunku udziału w postępowaniu zdolności wymagane były do realizacji zakresu prac obejmującego wykonanie usług konserwacyjnych w zakresie instalacji wodociągowej, instalacji kanalizacji sanitarnej i deszczowej, instalacji centralnego ogrzewania oraz instalacji i urządzeń węzłów ciepłych wraz ze zintegrowaną automatyką. Odwołujący stwierdził, że w treści pisemnego zobowiązania innego podmiotu nie ma jakiegokolwiek deklaracji, zobowiązania, że podmiot ten wykonana w ramach zamówienia usługi konserwacyjne w zakresie instalacji wodociągowej,

instalacji kanalizacji sanitarnej i deszczowej, instalacji centralnego ogrzewania oraz instalacji

i urządzeń węzłów ciepłych wraz ze zintegrowaną automatyką. Treść zobowiązania nie spełnia zatem elementarnych wymagań SWZ określonych w pkt 5.1.4 SWZ, oraz w art. 118

ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał również, że potwierdzeniem, iż zamiarem wykonawcy nie jest powierzenie do wykonania prac objętych warunkiem podwykonawcy udostępniającemu swoją wiedzę i doświadczenie jest treść samej oferty wykonawcy. Z pkt 11 formularza ofertowego wynika bowiem, że wykonawca zamierza samodzielnie wykonać całość zamówienia, bez udziału podwykonawców, w tym zakresie usług objętych warunkiem wiedzy i doświadczenia.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Odwołującego, wykonawca Ahorst sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, co w konsekwencji wykorzystania już możliwości uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp rodzi konieczność

odrzućcenia jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) ustawy Pzp.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Wykonywanie usług konserwacyjnych wraz z serwisem instalacji sanitarnych, w szczególności poprzez obsługę techniczną, konserwację, naprawy oraz usuwanie awarii.”

Izba ustaliła, że w SWZ, Zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej:

4.1.5.1 Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat liczonych od dnia w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie), wykonał - a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych także wykonuje należycie co najmniej dwie usługi, z których każda:

a. obejmowała/ obejmuje obsługę techniczną, konserwację lub serwis systemów lub urządzeń w zakresie, co najmniej:

- instalacji wodociągowej - wody zimnej, ciepłej i cyrkulacji,
- instalacji kanalizacji sanitarnej i deszczowej,
- instalacji centralnego ogrzewania,
- instalacji i urządzeń węzłów cieplnych wraz ze zintegrowaną automatyką,

b. była o wartości nie mniejszej niż 150 000,00 (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy) PLN brutto.

W przypadku usług (umów) będących w trakcie realizacji, łączna wartość zrealizowanej/ych części usług (umowy) musi wynosić co najmniej 150 000,00 (słownie: sto pięćdziesiąt tysięcy) PLN brutto.

4.1.5.2 Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że skieruje do realizacji zamówienia, co najmniej:

- a. 1 osobę posiadającą kwalifikacje do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie konserwacji i remontów urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 3 zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28.04.2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z późn.zm.);
- b. 1 osobę posiadającą kwalifikacje do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie konserwacji i remontów urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 3 zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28.04.2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci. (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z późn.zm.).

Funkcje osób wymienionych powyżej nie mogą być łączone.

4.2 Wykonawca może, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 4.1.4 - 4.1.5 SWZ, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

4.3 Zamawiający oceni, czy udostępnione Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu o których mowa w pkt 4.1.4 - 4.1.5 oraz zbada czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 oraz art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy.

4.4 W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają zamówienie/ jego część, do realizacji których te zdolności są wymagane.

4.5 Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.

4.6 Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w pkt 4.2, nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- a) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo
- b) wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 4.1.4 - 4.1.5.

Izba ustaliła, że wykonawca Ahorst złożył w postępowaniu ofertę. Izba ustaliła, że w pkt 12 formularza ofertowego wskazał, że Oświadczam/my, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego, polegam na zdolnościach następujących podmiotów udostępniających zasoby Bamix Sp. z o.o. Sp.k. ul. Gabriela 4/2, 01-347 Warszawa, NIP: 522-298-75-35.

w następującym zakresie : wiedza i doświadczenie

Wykonawca Ahorst wraz z ofertą złożył pisemne zobowiązanie spółki Bamix sp. z o.o. sp.k., w którym spośród dwóch możliwych do zaznaczenia zasobów tj. doświadczenia oraz kwalifikacji zawodowych inny podmiot zaznaczył „doświadczenie”. Izba ustaliła, że pismem z dnia 04.02.2022 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Ahorst sp. z o.o. w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie doświadczenia oraz potencjału kadrowego. W odpowiedzi na powyższe wezwanie wykonawca Ahorst sp. z o.o. przedłożył m.in. nowy wykaz osób z którego treści wynikało, że jedna z osób wskazanych w nim jest udostępniana przez inny podmiot tj. firmę R. C. Comtel. W kolumnie „informacja o podstawie do dysponowania osobą” w odniesieniu do osoby Pana R. C. znalazła się informacja „Umowa o pracę - zasób udostępniony - firmy Comtel”.

Wykonawca Ahorst złożył również pisemne zobowiązanie do oddanie do dyspozycji niezbędnych zasobów złożone przez Pana R. C. Comtel, ul. Warszawska 22, 05-504 Złotokłos (dalej „Zobowiązanie”). W treści Zobowiązania pan R. C. zobowiązał się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów do realizacji zamówienia tj. doświadczenia i kwalifikacji zawodowych, na okres realizacji zamówienia tj. 36 miesięcy. W pkt 4 Zobowiązania określającym zakres realizacji konserwacji, których wskazane zdolności dotyczą zostało wskazane: Wykonanie prac naprawczych, dodatkowych, usuwanie awarii na

obiekcie na podstawie umowy o pracę jako wsparcie dla pracowników firmy Ahorst Sp. z o.o.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne, co skutkowało jego oddaleniem.

Na wstępie należy wskazać, że zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b i c ustawy Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń. Zdaniem Izby, żadna z tych przesłanek nie ma zastosowania w odniesieniu do wykonawcy Ahorst.

Warunki udziału w postępowaniu zostały określone przez Zamawiającego w SWZ. Zgodnie z pkt 4.1.5.1 Zamawiający określił warunek w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagając od wykonawcy ubiegającego się o zamówienie wykazania, że wykonał co najmniej dwie usługi spełniające określone parametry oraz, że skieruje do realizacji zamówienia co najmniej 1 osobę posiadającą kwalifikacje do wykonywania pracy na stanowisku eksploatacji w zakresie konserwacji i remontów urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 3 zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28.04.2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z późn.zm.) oraz 1 osobę posiadającą kwalifikacje do wykonywania pracy na stanowisku dozoru w zakresie konserwacji i remontów urządzeń, instalacji i sieci należących do Grupy 3 zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 28.04.2003 r. w sprawie szczegółowych zasad stwierdzania kwalifikacji przez osoby zajmujące się eksploatacją urządzeń, instalacji i sieci. (Dz.U. Nr 89 poz. 828 z późn.zm.).

W ocenie Izby wykonawca Ahorst wykazał spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu w sposób wskazany przez Zamawiającego w SWZ. Kluczowe dla rozstrzygnięcia zarzutów podniesionych w odwołaniu była ocena prawidłowości wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Ahorst z wykorzystaniem zasobów podmiotu trzeciego. W tym zakresie wskazać należy, że zgodnie z art. 118 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Ustawodawca wymaga, aby wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby złożył wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Ponadto, zgodnie z art. 122 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa 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.

W analizowanym stanie faktycznym okolicznością bezsporną jest to, że wykonawca Ahorst w pkt 12 formularza ofertowego w sposób jednoznaczny oświadczył, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazanych przez Zamawiającego, polega na zdolnościach następujących podmiotów udostępniających zasoby Bamix Sp. z o.o. Sp. k. w zakresie wiedzy i doświadczenia. Bezspornym również w sprawie jest to, że złożone przez wykonawcę Ahorst zobowiązanie Bamix zostało negatywnie ocenione przez Zamawiającego i nie stanowiło dokumentu w oparciu, o który Zamawiający oceniał ostatecznie wykazanie przez wykonawcę Ahorst spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym, zdaniem

Izby, dokument ten nie ma znaczenia dla sprawy i wbrew twierdzeniom Odwołującego, jego treść nie może stanowić podstawy do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Ocenia ta winna bowiem nastąpić w oparciu o treść oferty oraz zobowiązania złożonego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 4 lutego 2022 r. tj. zobowiązanie R. C. Comtel.

W ocenie Izby błędne jest interpretacja przepisów ustawy Pzp przyjęte przez Odwołującego, iż wykonawca Ahorst miał prawo powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego wyłącznie w zakresie pierwotnego zakresu zobowiązania złożonego przez spółkę Bamix. Takie zawężenie możliwości powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego nie wynika z treści art. 118 w zw. z art. 122 ustawy Pzp. Izba wskazuje, że zakres w jakim wykonawca zamierza skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego wynika z treści oferty wykonawcy. Ta bowiem stanowi oświadczenie wykonawcy co do przedmiotu świadczenia oraz sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca Ahorst wskazał w treści oferty w sposób niebudzący wątpliwości zakres w jakim będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zakres ten dotyczył wiedzy i doświadczenia. Ponieważ złożone przez wykonawcę zobowiązanie spółki Bamix nie obejmowało wskazanego przez wykonawcę zakresu, Zamawiający prawidłowo wezwał go do zastąpienia spółki Bamix nowym podmiotem lub wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Słusznie wskazała Zamawiający, że to treść oferty wykonawcy stanowi punkt oceny zakresu zobowiązania podmiotu trzeciego. Tym samym, ocena kolejnego zobowiązania złożonego przez wykonawcę Ahorst musi odbywać się w odniesieniu do oferty wykonawcy, nie zaś pierwotnego zobowiązania spółki Bamix. Izba podkreśla, że zakres dotyczący wiedzy i doświadczenia określony w ofercie jest tożsamy z zakresem określonym w zobowiązaniu podmiotu R. C. Comtel tj. dotyczy wiedzy i doświadczenia wykonawcy oraz osoby skierowanej do realizacji zamówienia (w postaci jego kwalifikacji zawodowych).

Izba wskazuje, że w świetle art. 123 każdy z dokumentów podmiotu trzeciego można badać jedynie w kontekście treści oferty (w tym przypadku pkt 12). A zarzut powinien opierać się na ofercie wykonawcy oraz dokumentach, na podstawie których Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro zatem dokumenty dotyczące podmiotu Bamix sp. z o.o. sp. k. zostały przez Zamawiającego zakwestionowane i nie były brane pod uwagę przy ostatecznej ocenie oferty, nie mogą stanowić one podstawy do rozstrzygnięcia czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do samej treści zobowiązania p. R. C. Comtel, Izba uznała, że Zamawiający dokonał prawidłowej oceny jego treści, a tym samym prawidłowo uznał, że wykonawca Ahorst spełnia kwestionowany warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, z treści złożonego zobowiązania w sposób bezsprzeczny wynika, że zakresem udostępnienia były zarówno kwalifikacje zawodowe i doświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, jak również do kwalifikacje zawodowe i doświadczenia osoby skierowanej przez niego do realizacji zamówienia. Zdaniem Izby, udostępnienie wiedzy w postaci kwalifikacji zawodowych wraz z posiadanym doświadczeniem wypełnia postawiony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że zobowiązanie zostało złożone przez Pana R. C., osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Comtel. Tym samym wiedza i doświadczenie związane jest immanentnie właśnie z osobą Pana R. C., który zobowiązał do udostępnienia własnej osoby w trakcie realizacji

zamówienia w sposób określony w zobowiązaniu. Zdaniem Izby w okolicznościach analizowanej sprawy, z uwagi na specyfikę podmiotu udostępniającego zasoby tj. osobę fizyczną, posiadającą jednocześnie wymagane przez Zamawiającego uprawnienia, nie ma konieczności udostępnienia zasobów w postaci wiedzy i doświadczenia w formie podwykonawstwa. Ze złożonego wykazu osób wynika, że pan R. C. zobowiązał się do udostępnienia własnej osoby na podstawie umowy o pracę. Tym samym takie zobowiązanie uznać należy za wystarczające i jednocześnie gwarantujące realny dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, a więc p. R. C. .

Izba wskazuje, że Zamawiający określił w SWZ sposób wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca miał obowiązek wykazać doświadczenie w realizacji co najmniej dwóch usług oraz poprzez skierowanie do realizacji zamówienia dwóch osób posiadających określone uprawnienia. Wykonawca Ahorst złożył wykaz usług wraz z referencjami. Jednocześnie wykonawca złożył wykaz osób, z którego wynika, że podmiot trzeci, a więc pan R. C. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Comtel R. C. oddaje do dyspozycji własną osobę w zakresie określonym treścią zobowiązania. Zdaniem Izby, Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że wiedza i doświadczenia zdobyte w związku z realizacją przez Pana R. C. usług wskazanych w wykazie wykonanych usług nie są wiedzą i doświadczeniem pana R. C., które przecież zobowiązał się do realizacji zamówienia poprzez oddelegowanie swojej osoby do wykonywania czynności wymaganych przez Zamawiającego.

Ponadto, w ocenie Izby, nie ma także odzwierciedlenia w przedłożonych przez wykonawcę Ahorst dokumentach zarzut Odwołującego, iż treść zobowiązania pana R. C. jest wadliwa i nie potwierdza realnego dysponowania potencjałem kadrowym w osobie Pana R. C. .

Zobowiązanie przekazane w wyniku uzupełnienia dokumentów zawiera wszystkie elementy określone w art. 118 ust. 4 ustawy i pkt 5.1.4 SWZ. Na realność wykonania zamówienia wskazuje pkt 4 zobowiązania, który określa, że udostępnienie dotyczy wykonania prac naprawczych, dodatkowych oraz usuwania awarii na obiekcie na podstawie umowy o pracę jako wsparcie dla pracowników Ahorst. Zakres wskazany w zobowiązaniu jest zbieżny z zakresem określonym w OPZ. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż zakres zobowiązania winien odzwierciedlać opis wymagań wynikający z OPZ, w tym m.in. wprost wymieniać usługi związanej wykonywaniem ciągłego nadzoru pracy instalacji sanitarnych. Treść zobowiązania podlega ocenie w świetle warunków zamówienia określonych w SWZ. Pełnienie przez p. R. C. chociażby usług dodatkowych o których mowa w zobowiązaniu pozwala na przyjęcie, iż w ich zakres wchodzi również usługi wskazane w SWZ, poza usługami naprawczymi, a więc usługi dozoru. Zdaniem Izby zarówno oświadczenie zawarte w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów, oraz informacje zawarte w wykazie osób w powiązaniu z wymogami określonymi w projektowanych postanowieniach umowy wskazują na realne wykonywanie usług będących przedmiotem zamówienia przez podmiot trzeci. Trudno bowiem wyobrazić sobie bardziej realne wykonywanie zamówienia, niż osobiste wykonywanie określonych czynności, do czego osoby wskazane w wykazie, zgodnie z § 4 ust. 6.10 projektowanych postanowień umowy, zostały zobowiązane.

W ocenie Izby, na uwzględnienie nie zasługuje również zarzut Odwołującego, że podmiot udostępniający zasoby nie ma zamiaru realnego wykonywania usług będących przedmiotem zamówienia z uwagi na brak ujęcia przez wykonawcę Ahorst w Formularzu ofertowym zamiaru skorzystania z podwykonawców. Zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 1 ustawy, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Z przepisu art. 118 w żaden sposób nie można wywieść, iż jedną formą realnego udostępnienia zasobów w analizowanym stanie faktycznym byłoby wskazanie pana R. C. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Comtel R. C. jako podwykonawcy. Ustawodawca nie narzuca bowiem w tym zakresie jednej, właściwej formy zobowiązania. Zdaniem Izby, w analizowanym stanie faktycznym tożsamość osoby posiadającej wymagane przez Zamawiającego uprawnienia z osobą prowadzącą działalność gospodarczą nie wymaga przyjęcia formy podwykonawstwa. Pan R. C. bowiem zobowiązał się do oddania do dyspozycji własnej osoby.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wykonawca Ahorst wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 4.1.5. SWZ. Tym samym, wbrew zarzutów

postawionym przez Odwołującego, nie doszło do spełnienia przesłanki do odrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy Ahorst na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie 575 ustawy z dnia 11

września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz § 8 ust. 2 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: