

Sygn. akt: KIO 3795/24

WYROK

Warszawa, dnia 7 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Luiza Łamejko

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawcę Derkacz Spółka Komandytowa z siedzibą w Lublinie

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lublin

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Gminie Lublin unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części VIII postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, a w ich toku wezwanie wykonawcy Derkacz Spółka Komandytowa z siedzibą w Lublinie na podstawie art. 122 ustawy Prawo zamówień publicznych do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby trzecie Garden Designers

Sp. z o.o. innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie własne wykonawcy do osobistego wykonania zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Lublin i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Derkacz Spółka Komandytowa z siedzibą w Lublinie tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Derkacz Spółka Komandytowa z siedzibą w Lublinie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Gminę Lublin tytułem wynagrodzenia pełnomocnika

2.2. zasądza od Gminy Lublin na rzecz wykonawcy Derkacz Spółka Komandytowa z siedzibą w Lublinie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 3795/24

Uzasadnienie

Gmina Lublin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na utrzymanie terenów zieleni miejskiej – 10 części (X Rejonów). Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), zwanej dalej: „ustawy Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 27 maja 2024 r. pod numerem 368922-2024.

W dniu 14 października 2024 r. wykonawca Derkacz Spółka Komandytowa z siedzibą w Lublinie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec następujących czynności Zamawiającego wykonanych w części 8 postępowania:

1) odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu;

2) odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na fakt, że oferta Odwołującego jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp;

3) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez „DAN-EKO” D.Ś., R.Ś. spółka cywilna z siedzibą w Warszawie

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu pomimo tego, że Odwołujący spełnia wszystkie postawione warunki udziału w postępowaniu;

2) art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 oraz z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, że jej treść jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp, pomimo tego, że oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z przepisami Pzp;

3) art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez wybór oferty „DAN-EKO” D.Ś., R.Ś. spółka cywilna, która nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,

a w konsekwencji:

4) naruszenie art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez nie zachowanie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości,

względnie – ewentualnie – brak wezwania Odwołującego na podstawie art. 122 ustawy Pzp do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby trzecie innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązanie własne Odwołującego do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia zgodnie z ww. przepisem.

Odwołujący wniósł o:

1) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

2) rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego o: wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu oferty Odwołującego oraz dokonanie w konsekwencji ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Odwołujący podał, że na spełnienie postawionego przez Zamawiającego w pkt. 8.1.4.1. SWZ warunku udziału w postępowaniu w brzmieniu: „wykonanie lub wykonywanie usługi/usług w zakresie utrzymania lub kompleksowej konserwacji lub renowacji zieleni o areale minimum 30 ha, na terenach zurbanizowanych o łącznej wartości wykonanych prac nie mniejszych niż 200 000,00 PLN (dla usług rozliczanych w innych walutach niż PLN równowartość co najmniej 200 000 PLN brutto według średniego kursu NBP na dzień zawarcia umowy) w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”, wskazał doświadczenie podmiotu trzeciego – podmiotu powiązanego bezpośrednio z Odwołującym, tj. Garden Designers Sp. z o.o.

Jak wskazał Odwołujący, przedłożone wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu trzeciego było przedmiotem weryfikacji przez Zamawiającego oraz uzupełnienia z dnia 12 sierpnia 2024 r. w następstwie wezwania Zamawiającego z dnia 8 sierpnia 2024 r. Podstawą wezwania Zamawiającego było wskazanie w pierwotnym zobowiązaniu podmiotu trzeciego, odnośnie zakresu udostępnionych zasobów, sformułowania: „czynny udział przy wykonywaniu usług w zakresie kompleksowego utrzymania terenów zieleni miejskiej w rejonach VIII”. W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący przedstawił pismem z dnia 12 sierpnia 2024 r. uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego, gdzie w najlepszej wierze w zakresie zakresu udostępnionych zasobów wskazano – skonkretyzowano: „(l) czynny udział przy wykonywaniu usług ...e) w zakresie Rejonu VIII: wykonywanie usług w zakresie utrzymania, kompleksowej konserwacji, renowacji zieleni na terenach zurbanizowanych...”.

Odwołujący podniósł, że uzupełnione zobowiązanie podmiotu trzeciego we wskazanym wyżej zakresie (i jego uzupełnieniu) skłoniło Zamawiającego do odrzucenia oferty Odwołującego, bez jakiegokolwiek dalszej weryfikacji/wyjaśnienia złożonego oświadczenia przez podmiot trzeci; co oznacza, że Zamawiający nie miał już żadnych wątpliwości odnośnie złożonego zobowiązania oraz jego treści.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający podstawę odrzucenia oferty Odwołującego oparł na jednym sformułowaniu złożonego przez podmiot trzeci zobowiązania, zarówno tego pierwotnego, jak i uzupełnionego, tj. na sformułowaniu „czynny udział w wykonaniu usług...

a konkretniej w zakresie Rejonu VIII: wykonywanie usług w zakresie utrzymania, kompleksowej konserwacji, renowacji zieleni na terenach zurbanizowanych. Jak zaznaczył Odwołujący, Zamawiający wbrew tzw. wykładni autentycznej złożonego oświadczenia,

tj. samego składającego ww. oświadczenia uznał, że Odwołujący scedował na Podmiot trzeci całość realizacji zamówienia).

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zamawiającego. Podkreślił, że podmiot trzeci dwukrotnie (zobowiązanie z 17 lipca 2024 r. oraz 12 sierpnia 2024 r.) jasno i precyzyjnie wskazał, że – mając bogate doświadczenie – będzie „czynnie brał udział w wykonaniu usług” objętych zakresem części 8 zamówienia. Sam zakres wymaganych czynności do wykonania jest znany zarówno podmiotowi trzeciemu, Odwołującemu, jak i Zamawiającemu – jako profesjonalistom od lat wspólnie współpracującym – stąd jakakolwiek dalsza „konkretyzacja tego zakresu” nie jest niezbędna.

Odwołujący zauważył, że w JEDZ z dnia 18 lipca 2024 r. w ramach złożonej oferty Odwołujący wskazał podmiot trzeci jako podwykonawcę, co bezpośrednio referowało do złożonego zobowiązania. W złożonym JEDZ na s. 14 w pkt 10 odnośnie ewentualnego zlecenia podwykonawcom określonej (procentowej) części zamówienia: Odwołujący nie wskazał żadnej wartości. Tym samym, zdaniem Odwołującego, nieuprawnione są twierdzenia Zamawiającego, że przez fakt samego czynnego udziału w realizacji zamówienia przez podmiot trzeci (jak wynika z zobowiązania), co jest z obowiązkowe wobec powołania się na zasoby podmiotów trzecich, należy przypisać temu podmiotowi trzeciemu całość realizacji zamówienia, gdyż w uzupełnionym JEDZ dookreślił zakres swojego udziału w zakresie, jaki sam Zamawiający uznał za całość realizacji zamówienia; mylnie wiążąc czynny zakres realizacji zamówienia z pkt 4.2.1 SWZ jako utrzymanie terenów zieleni miejskiej w pełnym zakresie.

Odwołujący zaznaczył, że z żadnego oświadczenia Odwołującego, ani podmiotu trzeciego nie wynika, że ów podmiot trzeci będzie w pełnym zakresie (100% zamówienia) realizował przedmiot zamówienia - nie wynika to ani z JEDZ, oferty Odwołującego, ani ze złożonych zobowiązań.

Odwołujący wskazał, że w następstwie wezwania Zamawiającego Odwołujący – w porozumieniu bezpośrednim – skonkretyzował zakres zobowiązania podmiotu trzeciego w odniesieniu do określonego zakresu świadczenia usług, tj. „w zakresie Rejonu VIII: wykonywanie usług w zakresie utrzymania, kompleksowej konserwacji, renowacji zieleni na terenach zurbanizowanych...”. Powyższe, jak zauważył Odwołujący, w sposób niebudzący wątpliwości definiuje zakres świadczeń podmiotu trzeciego, znanego Zamawiającemu, który w przeszłości świadczył usługi na rzecz Zamawiającego. Zakres ten referujący do głównego przedmiotu zamówienia daje gwarancję Zamawiającemu, że ów – doświadczony i znany Zamawiającemu podmiot trzeci – nie dość, że będzie brał czynny udział w realizacji zamówienia objętego postępowaniem, to także zakresem swojego świadczenia obejmuje pełne spektrum zamówienia, tzn. ma doświadczenie dotyczące całego zakresu; nie oznacza to jednak, że będzie w całym zakresie – 100% - realizował zamówienie, jak mylnie wskazał Zamawiający.

Odwołujący stwierdził, że to, jaki konkretnie zakres (tj. faktyczny zakres – dookreślony już na etapie realizacji zamówienia) świadczeń podmiotu trzeciego będzie objęty złożonym zobowiązaniem, będzie wynikiem konkretnego porozumienia zawartego pomiędzy Odwołującym a podmiotem trzecim (to wynika z treści zobowiązania, gdzie wskazano jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów: podwykonawstwo – umowa), przed realizacją przedmiotowego zamówienia. Taki zakres (nawet wstępny), Zamawiający mógłby otrzymać, gdyby tylko zechciał o to wystąpić w kontekście swoich zarzutów/wątpliwości. Odwołujący oświadczył, że na moment złożonych zobowiązań Podmiotu trzeciego nie istniało sformalizowane porozumienie o współpracy konkretyzujące zakres oraz wartości kwotowe wynagrodzenia; takowe są w toku prowadzonych negocjacji, na bieżąco prowadzone i uzależnione od wyników niniejszego postępowania, ale ich zakres rzeczowy i kwotowy na dany moment mógłby zostać przekazany Zamawiającemu, gdyby tylko zechciał taką wiedzę posiadać, a nie poprzestać na swoistej własnej wykładni

oświadczeń woli.

Odwołujący zwrócił uwagę, że podmiot trzeci od wielu lat realizował objęte przedmiotem postępowania zamówienia, posiada stosowne doświadczenie, wiedzę i referencje. Wobec powyższego, niezrozumiałe są dla Odwołującego twierdzenia, że zobowiązanie Podmiotu trzeciego w zakresie zakresu są niewystarczające. Zakres wskazany w uzupełnionym zobowiązaniu jednoznacznie daje Zamawiającemu potwierdzenie, że doświadczony Podmiot trzeci będzie zaangażowany w realizację zakresu zamówienia, ale w jakiej konkretnie części, to nie zostało wskazane w treści zobowiązania, w treści oferty oraz JEDZ - na pewno w zakresie angażującym także samego Odwołującego, który sam jest aktywnym wykonawcą zamówień publicznych.

Odwołujący podkreślił, że obecnie Odwołujący, tj. spółka Derkacz Sp.k. realizuje/realizowała umowy i zlecenia z wolnej ręki na tożsamy zakres świadczony dla Zamawiającego, którego kontynuacją będzie rozstrzygnięcie obecnie trwającego postępowania przetargowego. Odwołujący uznał, że tym bardziej Zamawiający ma wiedzę, które umowy/zlecenia na utrzymanie terenów zieleni miejskiej Odwołujący realizuje dla Zamawiającego bez podwykonawców, co jednocześnie oznacza, że Zamawiający ma wiedzę, iż przedmiotowy rejon spółka Derkacz Sp.k. jest w stanie zrealizować sama wg. własnego doświadczenia i wiedzy zdobytej na dotychczasowej współpracy z Zamawiającym.

Odwołujący podniósł, że art. 118 ust. 4 ustawy Pzp określa minimalną treść zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. zobowiązanie podmiotu trzeciego potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) 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.

Zdaniem Odwołującego, „zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby” został przed podmiot trzeci wskazany, a zatem wymóg minimalny z ustawy Pzp został zachowany.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący stwierdził, że nie sposób uznać, że zakres złożonego zobowiązania Podmiotu trzeciego jest niekonkretny czy też że w jakikolwiek sposób potwierdza wolę zlecenia 100% zamówienia podmiotowi trzeciemu.

Uzasadniając zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z przepisami ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający w sposób całkowicie wadliwy i nieuprawniony oparł całą swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego wyłącznie o jedno sformułowanie - „czynny udział przy wykonywaniu usług”, który to zakres jest i nie może być tożsamy ze 100% podwykonawstwem.

Odwołujący zaznaczył, że czynny udział w realizacji usług daje wprost gwarancję Zamawiającego co do faktycznego, bezpośredniego udziału podmiotu trzeciego w realizację zamówienia, co już *per se* wypełnia możliwość posiłkowania się potencjałem trzecim.

Odwołujący podkreślił, że w żadnym aspekcie tak złożonego oświadczenia nie można wywieść, że ów podmiot trzeci usurpuje sobie całość realizacji zamówienia, bez udziału oferenta – wykonawcy. Odwołujący oświadczył, że nie było i nie jest intencją Odwołującego zlecenie 100% usług na rzecz podwykonawcy.

Odnośnie zarzutu dotyczącego kadry kierowniczej Odwołujący wskazał, że twierdzenia Zamawiającego zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego są wątpliwe, jako że w wyjaśnieniach z 22 sierpnia 2024 r. Odwołujący wskazał wprost: „Podsumowując podtrzymujemy oświadczenie woli wskazane w załączniku 7a i 7b dysponowania przedmiotowymi osobami w sposób bezpośredni- zasób własny oraz jednocześnie podmiot trzeci Garden Com spółka z ograniczoną odpowiedzialnością zobowiązuje się do oddania nam do dyspozycji osoby kierownika prac (dysponowanie pośrednie) na wypadek nieprzewidzianej, niezależnej od Wykonawcy utraty przedmiotowego zasobu (dysponowania bezpośredniego). Przedstawiony przez Wykonawcę zasób własny tj bezpośredni (poprzez wykazanie osób wg załącznika 7a i 7b do SIWZ) jest wystarczający do spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu i

warunków kryterium oceny ofert, tym samym udostępnienie zasobów w tym zakresie przez Garden-Com spółka z ograniczoną odpowiedzialnością może być rozumiane jako nadmiarowe, przy czym zostało one dołączone do oferty mając na uwadze okoliczności mogące nastąpić, na co wskazano w niniejszych wyjaśnieniach, przy czym zobowiązanie to również jest wystarczające do spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu i warunków kryterium oceny ofert.”.

Odwołujący stwierdził, że bez wątplenia złożone oświadczenie odnośnie dysponowania wymaganymi osobami jako zasobem własnym Odwołującego spełnia wymagania, gdyż Odwołujący mając bezpośredni stosunek prawny ze wskazanymi osobami będzie w pełni mógł (bezpośrednio, wyłącznie) nimi dysponować.

W przekonaniu Odwołującego, fakt wskazania przez podmiot trzeci zasobów osobowych do udostępnienia nie może wpływać negatywnie na ocenę prawidłowej oferty Odwołującego, ale powinno być wyłącznie traktowane ostrożnościowo, nadmiarowo, tj. dawać Zamawiającemu dodatkową gwarancję, że wymagane zasoby osobowe będą zaangażowane do realizacji zamówienia, czy to przez Odwołującego bezpośrednio, czy też w sytuacjach skrajnie losowych, przez podmiot udostępniający zasoby, o czym we właściwym momencie każdorazowo byłby informowany Zamawiający. Odwołujący zwrócił uwagę, że w ustawie Pzp nie ma przeszkód, aby nawet przez fakt powołania się na określone zasoby podmiotów trzecich samodzielnie realizować dane zamówienia (zadania), o ile ów wykonawca posiada ku temu (lub nabył je w trakcie) niezbędne ku temu zasoby – wskazuje na to art. 122 ustawy Pzp, który daje możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami albo wykazanie, że wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, mimo że negatywnie zweryfikował udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego, to nie dał żadnych możliwości zastąpienia tego zasobu innymi zasobami, chociażby samego Odwołującego.

Ponadto, jak zauważył Odwołujący, Zamawiający skorzystał tylko z jednej możliwości wezwania do wyjaśnień – w aspekcie „czynnego udziału” – przy czym mając kolejne wątpliwości np. w zakresie konkretnego procentowego zakresu udziału podwykonawcy, nie skorzystał z możliwości dopytania – wyjaśnienia. W opinii Odwołującego, samo zadeklarowanie na etapie oferty zakresu podwykonawstwa, czy też jego konkretnego zakresu poprzez wskazanie nazw podwykonawców jest deklaracją zasadniczo wstępną, która konkretyzuje się w pełni dopiero po podpisaniu umowy z Zamawiającym - Zamawiający powinien mieć tego świadomość i wyjaśniając treść oferty zbadać rzeczywisty zakres świadczenia usług przez wykonawcę, jeżeli generuje to wątpliwości Zamawiającego. Odwołujący zaznaczył, że na Zamawiającym ciąży obowiązek sprawdzenia czy przedstawione przez wykonawcę zasoby podmiotu trzeciego (lub kilku z tych podmiotów) łącznie z zasobami własnymi są wystarczające do spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wynik oceny jest negatywny, na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy do usunięcia takiego stanu (tak wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2018 r., sygn. akt KIO 29/18).

Odwołujący zwrócił uwagę, że w zakresie złożonej oferty w formularzu „Wycena ofertowa „Utrzymanie terenów zieleni w mieście Lublin w rejonie VIII w latach 2024- 2026” wskazano aż 103 pozycje czynności, które mają być realizowane w ramach tego zadania. Odwołujący podniósł, że jeżeli Zamawiający chciał, aby Odwołujący uszczegółowił swoje własne zobowiązanie o wybór konkretnych pozycji z formularza cenowego, to mógł te intencje wprost wyrazić i zapytać, które z tych pozycji podwykonawca – podmiot trzeci Odwołującego będzie realizował. Takiego wezwania Zamawiający zaniechał.

Odwołujący podniósł, że jako doświadczony wykonawca w dobrej wierze złożył zobowiązanie, które swoim zakresem koresponduje z wymogiem wiedzy i doświadczenia. Jak stwierdził Odwołujący, czynności ujęte w zakresie realizacji umowy są tak rozdrobnione, że nie sposób skonkretyzować na tak wczesnym etapie czy podwykonawca będzie np. zbierał worki 120 l z pozycji nr 3 wykazu czy z pozycji nr 7 , czy idąc dalej - będzie wykonywał montaż lub demontaż skrzynek z kwiatami z pozycji nr 14 czy montaż lub demontaż konstrukcji kwietnikowych z pozycji nr 15 itd. W ocenie Odwołującego, zbyt pochopnym działaniem byłoby też wskazanie przez podwykonawcę, tj. Garden Designers Sp. z o.o. jako podmiotu doświadczonego, który współpracował z Zamawiającym zakresu bardziej szczegółowego np. poprzez skonkretyzowanie czynności np: „odmładzania żywopłotów, założenia trawników z siewu na skarpie, grabienia skoszonej trawy”, gdyż wówczas Zamawiający mogły uznać, że zakres ten czy inny konkretnie wskazany jest zbyt mały i nie potwierdza faktycznego udziału podwykonawcy w realizacji zamówienia. Co istotne - mając doświadczenie współpracy z Zamawiającym wiadomym jest, że Zamawiający każdorazowo zleca konkretną pozycję z wyceny ofertowej, co uzależnione jest od budżetu Zamawiającego oraz realnych jego potrzeb, wobec czego przy tak skonkretyzowanym zakresie jak przytoczono przykładowo powyżej może nigdy nie dojść do zlecenia pozycji z wykazu

cenowego (zał. 8 do formularza ofertowego) typu „odmładzanie żywopłotów, założenie trawników z siewu na skarpie, grabienie skoszonej trawy” - gdyż Miasto Lublin może nie dysponować środkami finansowymi na tego typu prace (usługi).

Odwołujący wskazał, że podwykonawca – podmiot trzeci, mając doświadczenie w realizacji tego typu usług na rzecz Zamawiającego, złożył właściwe zobowiązanie korespondujące realnie z używaną wiedzą i doświadczeniem jako gwarancja, że będzie realnie uczestniczył w realizacji zamówienia, zaś procent realizacji usługi nie stanowi 100%, natomiast dokładne jego sprecyzowanie możliwe będzie po rozstrzygnięciu wszystkich 10ciu rejonów. Wówczas zarówno wykonawca-Odwołujący, jak i podwykonawca-podmiot trzeci będzie mógł oszacować (na stan wiedzy o powziętych zamówieniach), jakie zasoby ludzkie i sprzętowe zaangażuje na dany rejon celem dopełnienia należytego wykonania usługi. Odwołujący zaznaczył, że samo podwykonawstwo materializuje się dopiero w momencie uzyskania zamówienia, wykonawca zaś złożył ofertę do kilku rejonów w przedmiotowym postępowaniu.

Dalej Odwołujący zauważył, że Zamawiający postawił konkretny wymóg „...w zakresie utrzymania lub kompleksowej konserwacji lub renowacji zieleni ...” - w sformułowaniu tym widoczne są 3 grupy działań tj.: utrzymanie, konserwacja i renowacja zieleni, przy czym w formularzu cenowym (zał. 8 do formularza ofertowego) Zamawiający wyodrębnił następujące grupy: I. Prace porządkowe, II. Mała architektura, III. Drzewa, IV. Krzewy, byliny, rośliny jednoroczne, cebulowe, pnącza i trawy, V. Trawniki. Odwołujący zwrócił uwagę na brak korelacji grupowej i postawił pytanie, co podwykonawca miałby konkretnie wskazać dla uzyskania związku z wiedzą i doświadczeniem, którego używa? Dla przykładu Odwołujący podał, że czytając cały formularz cenowy określający zakres robót (zał. 8 do formularza ofertowego) pod kątem hasła typu „konserwacja”, które brzmi w wymogu wiedzy i doświadczenia jako konserwacja zieleni - znajdujemy jedynie w pozycji 11 tego wykazu czynność w zakresie konserwacji małej architektury. Powyższe, zdaniem Odwołującego, wskazuje, że nawet gdyby Zamawiający oczekiwał nad wyraz precyzyjnego odniesienia w zobowiązaniu do przedmiotu zamówienia, to zadanie to nie byłoby takie jednoznaczne i proste.

Nieuprawnione są także, w ocenie Odwołującego, zarzuty Zamawiającego: „Biorąc pod uwagę całość dokumentacji wykonawcy, zamawiający uznał, że wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy realizacji całości przedmiotu zamówienia oraz, że powstały podstawy do twierdzenia, że nie wykazał, że nie podlega odrzuceniu z postępowania w szczególności w zakresie spełniania warunku dotyczącego posiadanego doświadczenia jak również niespójność w zakresie wykazania spełniania warunku dotyczącego „kadry kierowniczej”. Odwołujący stwierdził, że o żadnej niespójności w zakresie złożonej oferty i wyjaśnień nie może być mowy. Odwołujący podał, że w najlepszym interesie wskazał Zamawiającemu na źródła osobowe, spełniające wymagania i zaangażowane do realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 29 października 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając tym samym Odwołującego na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Izba przychyliła się do oceny przez Zamawiającego treści zobowiązania do udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci - Garden Designers Sp. z o.o. złożonego przez Odwołującego.

Izba ustaliła, że wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia Odwołujący powołał się na zasoby podmiotu trzeciego – Garden Designers Sp. z o.o. W złożonym zobowiązaniu do

udostępnienia zasobów Garden Designers Sp. z o.o. określając zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia wskazała: „czynny udział przy wykonywaniu usług w zakresie kompleksowego utrzymania terenów zieleni miejskiej w rejonach I, II, V, VII, VIII, IX i X”. W dniu 12 sierpnia 2024 r., w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 8 sierpnia 2024 r. wystosowane w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący przekazał Zamawiającemu zobowiązanie Garden Designers Sp. z o.o., w którym zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia w zakresie Rejonu VIII został określony jako: „czynny udział przy wykonywaniu usług w zakresie (...) wykonywanie usług w zakresie utrzymania, kompleksowej konserwacji, renowacji zieleni na terenach zurbanizowanych;”.

W uzupełnionym zobowiązaniu podmiot trzeci ponownie zadeklarował czynny udział przy wykonywaniu zamówienia określonego w warunku udziału w postępowaniu w pkt 8.1.4.1.8 SWZ, który z kolei odpowiada przedmiotowi zamówienia opisanemu w pkt 4.2.1 SWZ objętego częścią 8 postępowania.

W ocenie Izby, ani pierwotna treść zobowiązania, ani treść uzupełniona przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, nie zawiera jednego z minimalnych wymogów ustawowych, tj. informacji co do zakresu zamówienia, jaki będzie wykonywany przez podmiot trzeci. Zgodnie z art. 118 ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) 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.

Nie ulega wątpliwości, że zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia powinien zostać wskazany w treści zobowiązania. Zobowiązanie z kolei, jako środek dowodowy mający na celu wykazanie rzeczywistej dostępności do zasobów, wykonawca składa wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą (art. 118 ust. 3 ustawy Pzp). Zakres udziału podmiotu trzeciego, na którego zasoby wykonawca powołuje się wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie może zostać skonkretyzowany na etapie po wyborze oferty najkorzystniejszej. W sytuacji, w której mamy do czynienia z podwykonawcą, który jest podmiotem trzecim, na którego zasoby wykonawca się powołuje wykazując spełnianie warunków, niezbędne jest określenie zakresu zamówienia, jaki zostanie powierzony temu podmiotowi już na etapie składania wniosków/ofert. Art. 188 ust. 2 ustawy Pzp jednoznacznie stanowi, iż wykonawca ma możliwość powoływania się na zdolności podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Tylko w taki sposób bowiem zamawiający może ocenić realność udostępnienia zasobów.

Rozpoznając przedmiotową sprawę Izba nie wzięła pod uwagę argumentacji powołanej przez Odwołującego na rozprawie, w toku której Odwołujący twierdził, że zakres wskazany w zobowiązaniu nie obejmuje prac porządkowych, które wykonawca wykona osobiście. Argumentacja ta nie została powołana w odwołaniu i jest sprzeczna z twierdzeniami Odwołującego przedstawionymi w odwołaniu. Zobowiązanie Garden Designers Sp. z o.o. uzupełnione na wezwanie Zamawiającego powieliło treść warunku udziału w postępowaniu, co przyznał Odwołujący w treści odwołania. Takie działanie nie jest działaniem prawidłowym i nie wskazuje rzeczywistego zakresu zamówienia, jaki zostanie powierzony podwykonawcy.

Jednocześnie, w ocenie Izby, Zamawiający miał podstawy by przyjąć, że zakres zamówienia powierzony do wykonania podmiotowi trzeciemu Garden Designers Sp. z o.o. jako podwykonawcy obejmuje całe zamówienie. Powielenie treści warunku, który obejmuje cały zakres zamówienia objętego tym postępowaniem, zasadnie przywiódło Zamawiającego do takiego wniosku. Ani treść oferty złożonej przez Odwołującego, ani treść zobowiązania Garden Designers Sp. z o.o., nie wskazywały na to, że jakkolwiek część zamówienia zostanie wykonana przez Odwołującego osobiście. Izba stoi przy tym na stanowisku, że Zamawiający nie ma obowiązku poszukiwania intencji, jakie miał wykonawca lub podmiot trzeci składając poszczególne oświadczenia. To na wykonawcy spoczywa obowiązek złożenia oświadczenia o jednoznacznej treści.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego w zakresie oceny oferta Odwołującego co do warunku dotyczącego potencjału osobowego. Izba stwierdziła, że ostrożnościowe posłużenie się potencjałem Garden-Com Sp. z

o.o., jakkolwiek może skutkować niepewnością po stronie Zamawiającego co do sposobu wykonania przedmiotu zamówienia, to jednak nie zmienia faktu, że Odwołujący spełnia ten warunek samodzielnie. Brak jest zatem podstaw do uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w przedmiotowym zakresie.

Powyższe pozostaje jednak bez wpływu na okoliczność, że Odwołujący nie wyodrębnił zakresu zamówienia, jaki zostanie powierzony podwykonawcy Garden Designers Sp. z o.o., przez co nie wykazał realności udostępnienia zasobów. Z kolei powielenie treści warunku w zobowiązaniu Garden Designers Sp. z o.o. wskazuje na powierzenie podwykonawcy 100% zamówienia.

W przedmiotowej sprawie Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że obie podstawy odrzucenia oferty Odwołującego, tj. nie wykazanie spełnienia warunku (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp) oraz niezgodność z ustawą (art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 462 ust. 1 ustawy Pzp) mają tę samą podstawę faktyczną, tj. treść zobowiązania złożonego przez Garden Designers Sp. z o.o. Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że zaistniały podstawy do wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub do zobowiązania Odwołującego do osobistej realizacji przedmiotu zamówienia na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Wezwanie wystosowane w tym trybie co do zasady nie powinno stanowić odrębnego wezwania od wezwania wystosowanego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jednak w przedmiotowym postępowaniu wzywając Odwołującego w dniu 8 sierpnia 2024 r. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, Zamawiający nie wskazał na możliwość wynikającą z art. 122 ustawy Pzp. Z tego względu, wystosowanie takiego wezwania Izba uznała za zasadne.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 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. z 2020 r. poz. 2437, dalej jako „rozporządzenie”).

Jak stanowi art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego, z kolei w myśl art. 575 ustawy Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak stanowi § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi zamawiający. W takiej sytuacji Izba zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2 rozporządzenia.

W świetle powyższych regulacji, Izba obciążyła kosztami postępowania odwoławczego Zamawiającego, zasądając zapłatę na rzecz Odwołującego poniesionych kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca:.....