Sygn. akt KIO 60/25

WYROK

Warszawa, dnia 30 stycznia 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 stycznia 2025 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 stycznia 2025 roku przez wykonawcę P.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Piaseczno

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego Z.W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Z.W.

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy P.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U., powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy, w tym wezwanie wykonawcy na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę: 7 500 zł 00 gr (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika

2.2.zasądza od zamawiającego Gminy Piaseczno na rzecz wykonawcy P.R. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.U. kwotę 11 100 zł 00 gr (jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) 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 60/25

UZASADNIENIE:

Zamawiający Gmina Piaseczno w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Dowożenie uczniów, wraz z zapewnieniem opieki do Szkoły Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym", nr referencyjny: 119/2024.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 listopada 2024 r. pod numerem: 2024/BZP 00583534.

W postępowaniu tym wykonawca P.R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.U. (dalej: „Odwołujący") w dniu 7 stycznia 2025 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, a mianowicie:

1.czynność Zamawiającego w postaci odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z przepisami Pzp oraz z warunkami zamówienia wobec stwierdzonego przez Zamawiającego braku możliwości złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego i oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu/spełnianiu warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert, co narusza art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. z art. 266 Pzp,

2.zaniechania Zamawiającego wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, przy jednoczesnym stwierdzeniu niedopuszczalności uzupełnienia zarówno tego oświadczenia, jak i zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, co narusza art. 128 ust. 1 Pzp

3.ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt. I.2 powyżej – zaniechania Zamawiającego w postaci wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem, bądź wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, co narusza art. 122 Pzp,

4.czynności Zamawiającego w postaci wyboru oferty wykonawcy Z.W. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Z.W. (dalej „Wykonawca ZW") jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo że nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny, co narusza art. 239 ust. 1 i 2 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2.unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3.powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym wezwanie Odwołującego na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia oświadczenia podmiotu trzeciego o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ, ewentualnie – wezwanie Odwołującego, w trybie art. 122 Pzp, do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem, bądź wykazania, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący wskazał, że w dniu 26 listopada br. złożył ofertę, do której – zgodnie z wymaganiami Zamawiającego – załączył wykaz narzędzi sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ. W treści tego wykazu Odwołujący oświadczył, że autobus marki MAN o nr rej. KK 8033C (rok produkcji 2023) jest zasobem oddanym mu do dyspozycji.

Pismem z dnia 10 grudnia 2024 r. Zamawiający – działając na podstawie przepisu art. 223 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia jaka jest podstawa dysponowania ww. pojazdem wskazując, że zgodnie z treścią wykazu narzędzi został on oddany do dyspozycji Odwołującego.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił udzielone mu w dniu 25 listopada 2024 r. przez Delta Transport Group sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej „podmiot trzeci") zobowiązanie do oddania Odwołującemu do dyspozycji zasobu w postaci wskazanego w wykazie narzędzi autobusu na okres korzystania przy realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 2 stycznia br. Zamawiający poinformował Odwołującego o wyborze oferty Uczestnika postępowania i o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in., że: *Zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, a także zapisami części 3 SWZ oraz komentarze jak wypełniać zał. 6 do SWZ Wykonawca zobowiązany był złożyć zobowiązanie podmiotu wraz z zał. 2 (oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp) na etapie składania oferty. Nie ma możliwości uzupełniania ww. załączników w późniejszym terminie w szczególności po terminie składania ofert.*

Odwołujący podniósł, że z niezgodnością oferty z ustawą (tj. z Pzp) mamy do czynienia w sytuacji uchybienia przepisom Pzp i aktów wykonawczych do niej wydanych w zakresie przede wszystkim formy oferty (przykładowo, naruszeniu obowiązku sporządzenia oferty w formie wynikającej z art. 63 Pzp).

Zdaniem Odwołującego taka okoliczność nie zachodzi – Odwołujący skorzystał z możliwości polegania na zasobach podmiotu trzeciego, a możliwość taka wynika wprost zarówno z przepisów Pzp, jak i z postanowień SWZ.

Z kolei niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia objęta sankcją odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp dotyczy braku zgodności oferowanego przez wykonawcę świadczenia z wymaganiami zamawiającego wynikającymi z dokumentów zamówienia, w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia.

W przedmiotowej sprawie podstawą odrzucenia oferty nie było jej meritum, czyli zaoferowane przez Odwołującego świadczenie w postaci przewozu uczniów i zapewnienie im opieki a negatywna (i nota bene nieuzasadniona) ocena sytuacji podmiotowej Odwołującego. Trudno zresztą uznać tę przesłankę odrzucenia oferty Odwołującego za spełnioną w sytuacji, w której Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji jakiegokolwiek konkretnego postanowienia SWZ, z którym oferta Odwołującego pozostawać miałaby w sprzeczności.

Zdaniem Odwołującego już chociażby z powyższych przyczyn zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 w zw. z art. 266 Pzp (pkt. I.1 petitum odwołania) jest trafny, bowiem Zamawiający nie wykazał jakiejkolwiek sprzeczności oferty Odwołującego z Pzp, bądź z warunkami zamówienia.

Odnosząc się z kolei do rzekomego braku możliwości uzupełniania dokumentów (oświadczeń) w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego, czy oświadczenia o niepodleganiu przez ten podmiot wykluczeniu/spełnianiu warunków udziału w postępowaniu Odwołującemu – wobec lakonicznego uzasadnienia tego rozstrzygnięcia – trudno ponad wszelką wątpliwość stwierdzić co się za nim kryje, tym niemniej działanie takie było z pewnością przedwczesne.

Odwołujący wskazał, że we wspomnianych przez Zamawiającego postanowieniach Części III SWZ zawarto zasady polegania na potencjale podmiotów udostępniających zasoby stanowiące powielenie regulacji zawartych w art. 118-120 i art. 122-123 Pzp. W sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu Zamawiający wymagał od wykonawców biorących udział w postępowaniu załączenia do oferty zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów i dodatkowo oświadczenie podmiotu trzeciego według wzoru załącznik nr 2 SWZ.

Odwołujący skorzystał z przewidzianej przepisami Pzp możliwości, wobec czego Zamawiający powinien był przede wszystkim wezwać Odwołującego do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego w trybie przepisu art. 128 ust. 1 Pzp, ponieważ nie zostało ono załączone do oferty. Zamawiający pominął tę procedurę, twierdząc aktualnie – jak się

wydaje – że jest ona niedopuszczalna, co stanowi naruszenie przepisu art. 128 ust. 1 Pzp.

Odwołujący zwrócił uwagę, że wspomniana regulacja ma co do zasady obligatoryjny charakter o czym świadczy użyte w jego treści sformułowanie „zamawiający wzywa". Oznacza to, że negatywna weryfikacja sytuacji podmiotowej wykonawcy możliwa jest wyłącznie po wyczerpaniu procedury sanacyjnej w nim uregulowanej.

Dalej, zobowiązanie podmiotu trzeciego dotyczy sytuacji podmiotowej wykonawcy (tu – spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Części II ust. 1 pkt 2 lit. d.2 SWZ, tj. dysponowania specjalistycznym sprzętem w postaci autobusu wyposażonego w pasy bezpieczeństwa dla pasażerów i liczbą powyżej 36 miejsc). W świetle przepisu art. 118 ust. 3 Pzp mówiącym o zobowiązaniu podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub innym podmiotowym środku dowodowym potwierdzającym, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby stanowi podmiotowy środek dowodowy. Wpisuje się ono bowiem w definicję legalną tego pojęcia zawartą w przepisie art. 7 pkt 17 Pzp, zgodnie z którym mianem podmiotowego środka dowodowego określa się środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, iż zobowiązanie z art. 118 ust. 3 Pzp nie ma charakteru podmiotowego środka dowodowego, to przepis art. 128 ust. 1 Pzp obejmuje również otwarty katalog innych dokumentów i oświadczeń składanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

Z daleko idącej ostrożności, Odwołujący wskazał, że zgodnie z przepisem art. 122 Pzp, powinien zostać wezwany przez Zamawiającego do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem udostępniającym zasoby, bądź do samodzielnego wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania autobusem. Jeżeli zatem Zamawiający uznał, wbrew treści wykazu narzędzi i złożonego następczo zobowiązania podmiotu trzeciego, że Odwołujący nie zamierzał korzystać z jego potencjału, to powinien był umożliwić Odwołującemu samodzielne wykazanie spełniania warunku dotyczącego potencjału technicznego, której to szansy Odwołujący został pozbawiony.

Wykonawca Z.W. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe Z.W. zgłosiła przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone w odwołaniu, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dowożenie uczniów, wraz z zapewnieniem opieki do Szkoły Podstawowej im. Wspólnej Europy w Zalesiu Górnym.

Opisany w treści odwołania stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać jego powtarzanie.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 3) jest niezgodna z przepisami ustawy; 5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Art. 128 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że: *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Nie ulega wątpliwości, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby składa się wraz z ofertę i że jest

podmiotowym środkiem dowodowym, co wynika z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi na fakt, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby jest podmiotowym środkiem dowodowym zastosowanie znajdzie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, w świetle którego Zamawiający obowiązany jest wezwać wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. podmiotowych środków dowodowych w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych ww. przepisem.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, w pierwszej kolejności należy odnieść się do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający jako podstawę prawną wskazał niezgodność z przepisami ustawy oraz warunkami zamówienia, przy czym Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego nie wskazał przepisu ustawy Pzp, z którym oferta Odwołującego jest niezgodna ani jakichkolwiek merytorycznych warunków co do przedmiotu czy tez realizacji zamówienia z których wynika, że treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia. Podkreślić należy, że przesłanka wskazana w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie obejmuje błędów formalnych. I już z tego względu odwołanie należało uwzględnić.

Zasadniczo uzasadnienie Zamawiającego sprowadzało się to tego, że Odwołujący nie złożył zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wraz z załącznikiem nr 2. Z kolei podczas rozprawy Zamawiający próbował podnosić nowe okoliczności wskazując, że z formularza ofertowego wynika, iż Odwołujący nie zamierzał korzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Twierdzenia te, jako niemające odzwierciedlenia w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty, należało pominąć. Jednak warto zwrócić uwagę na oświadczenie Odwołującego zawarte w załączniku nr 6 do SWZ, z którego wynika, że Odwołujący będzie polegał na potencjale innych podmiotów. Co za tym idzie Odwołującyna moment upływu terminu składania ofert oświadczył, że do realizacji zamówienia użyje autobusu o nr rejestracyjnym KK8033C, który zostanie oddany mu do dyspozycji przez podmiot trzeci. Powyższe znajduje również potwierdzenie w oświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby, przedłożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień.

Reasumując, decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego podjęta bez wszczęcia procedury w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie mogła zostać utrzymana jako prawidłowa. Zamawiający winien był umożliwić wykonawcy złożenie zobowiązania podmiotu trzeciego wraz z oświadczeniem tego podmiotu o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania i spełnianiu warunków udziału.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 w zw. § 5 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……