

**WYROK**

Warszawa, dnia 4 lipca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

Przewodnicząca: M. Banaszkiwicz

Członkowie Anna Chudzik

Elżbieta Dobrenko

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2025 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Wrocław - Zarząd Zieleni Miejskiej

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: Spółdzielnia Socjalna Grebłok z siedzibą w Lubiszewie Tczewskim

**orzeka:**

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty Spółdzielnia Socjalna Grebłok z siedzibą w Lubiszewie Tczewskim jako najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1, ponowne badanie i ocenę ofert i odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp oferty wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Grebłok z siedzibą w Lubiszewie Tczewskim z postępowania,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę Spółdzielnia Socjalna Grebłok z siedzibą w Lubiszewie Tczewskim 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 Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 1 321 zł 35 gr (słownie: tysiąc trzysta dwadzieścia jeden złotych trzydzieści pięć groszy) poniesioną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą z tytułu kosztów dojazdu,

2.2.zasądza od wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Grebłok z siedzibą w Lubiszewie Tczewskim na rzecz wykonawcy Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą kwotę 12 421 zł 35 gr (słownie: dwanaście tysięcy czterysta dwadzieścia jeden złotych trzydzieści pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

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:.....

.....

.....

**Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Wrocław - Zarząd Zieleni Miejskiej(dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 oraz z 2025 r. poz. 620 dalej: „ustawa Pzp”) w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji postępowanie pn. „Kompleksowa obsługa szaletów publicznych oraz utrzymanie w stałej sprawności eksploatacyjnej toalet samoobsługowych położonych na terenach zieleni miejskiej Wrocławia z podziałem na dwa Zadania” (nr referencyjny: Nr sprawy:

ZP/TP/220/23/2025/DO). Wartość zamówienia jest niższa, niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 25 lutego 2025 r. pod nr 2025/BZP 00120167/01

28 maja 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu na podstawie art. 513 ustawy Pzp odwołanie w zakresie zadania 1 złożył wykonawca Przedsiębiorstwo Rozwoju Społecznego Spółdzielnia Socjalna z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie (Sygn. akt: KIO 2160/25) złożono wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 118 ustawy Pzp w zw. z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Grebłok z postępowania, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, bowiem udostępnienie doświadczenia przez podmiot komercyjny w warunkach zamówienia zastrzeżonego na podstawie art. 94 ustawy Pzp jest sprzeczne z przepisami ustawy i celem ich wprowadzenia,

alternatywnie:

2.art. 122 w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp i w zw. z art. 123 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Grebłok do wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, pomimo że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku przy pomocy podmiotu udostępniającego zasoby, ponieważ: a) podmiot udostępnił zasoby w sposób sprzeczny z art. 94 ustawy Pzp – tj. nie będąc podmiotem, o którym mowa w art. 94 ust. 1 Pzp, b) udostępnienie zasobów jest niewystarczające, mając na uwadze oświadczenie w formularzu ofertowym wykonawcy, w którym zadeklarował udział podmiotu jedynie w zakresie nadzoru i prac konserwatorskich i to wyłącznie na poziomie 30% przedmiotu zamówienia, c) udostępnienie zasobu w zakresie wynikającym z zobowiązania, doprecyzowanego następnie wyjaśnieniami wykonawcy, w kontekście specyfiki i realizacji usługi, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jest nierealne, co przeczy dostępowi do potencjału podmiotu trzeciego -zaś rozszerzenie zakresu polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby na obecnym etapie jest nieuprawnione, co wyklucza możliwość zastąpienia podmiotu udostępniającego innym podmiotem.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Grebłok oraz ponowną ocenę i badanie ofert, a w konsekwencji odrzucenie oferty Spółdzielni Socjalnej Grebłok lub alternatywnie nakazanie wezwania do uzupełnienia dokumentów, celem wykazania spełnienia warunku doświadczenia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 23 maja 2025 r. (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania 1) zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 28 maja 2025 r., w związku z czym odwołanie zostało wniesione w terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 7 500,00 złotych (siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Uzasadniając posiadanie interesu we wniesieniu środka odwoławczego Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, który złożył ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu i znalazł na drugim miejscu w zestawieniu ofert pod względem ich oceny. Odwołujący podniósł, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę, w zakresie zarzutu nr 1 jego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą i uzyska on zamówienie. Odwołujący wskazał, że w przypadku uwzględnienia zarzutu alternatywnego, wykonawca zostanie wezwany do samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału, a za prawdopodobne należy uznać niemożność spełnienia zadość takiemu wezwaniu, skoro korzystał on z zasobów podmiotu trzeciego. Implikowałoby to wykluczenie z postępowania i udzielenie zamówienia Odwołującemu. Tym samym, Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, jednocześnie zaś w wyniku opisanych czynności i zaniechań Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp może ponieść szkodę polegającą na utracie zysku wynikającego z pozyskania i realizacji zamówienia.

20 czerwca 2025 r. do akt sprawy wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający oświadczył, że w całości uwzględni zarzuty odwołania.

23 czerwca 2025 r. na podstawie z § 13 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) Przystępujący został wezwany do złożenia oświadczenia w przedmiocie wniesienia sprzeciwu co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania pod rygorem umorzenia postępowania odwoławczego.

26 czerwca 2025 r. do akt sprawy wpłynęło oświadczenie Przystępującego o wniesieniu sprzeciwu wobec uwzględnienia

przez Zamawiającego zarzutów odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Odnosząc się do wniosków złożonych przez Spółdzielnię Socjalną Grebłok, wykonawca ten wnosił o zwrot odwołania w związku z tym, że Odwołujący w jego ocenie nie wskazał niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności lub zaniechania czynności przez Zamawiającego. Izba nie podziela stanowiska Przystępującego. Zgodnie z art. 516 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp:

„Odwołanie zawiera:

(...)

7. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, lub wskazanie zaniechania przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia lub zorganizowania konkursu na podstawie ustawy;”

Ustawa Pzp nie nakłada na wykonawcę obowiązku wskazywania poszczególnych elementów odwołania w osobnych punktach czy jednostkach redakcyjnych. Zarówno z treści podniesionych przez Odwołującego zarzutów, jak i z uzasadnienia faktycznego jednoznacznie wynika jakie czynności Zamawiającego kwestionuje. Nie budzi wątpliwości Izby, że Odwołujący kwestionuje zaniechanie odrzucenia oferty Spółdzielni Socjalnej Grebłok w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu ewentualnie zaniechanie wezwania do wykazania samodzielnego spełnienia warunku.

Zgodnie z art. 517 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp:

„1. Odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli:

1)nie zawiera braków formalnych;”

W przedmiotowej sprawie odwołanie braku formalnego podniesionego przez Przystępującego nie zawierało, w związku z tym zdaniem Izby mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Odnosząc się do wniosku Przystępującego o odrzucenie odwołania przynajmniej w części na podstawie art. 528 pkt 3) ustawy Pzp tj. jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie Pzp w zakresie części czynności lub zaniechań Zamawiającego, Izba wskazuje, że wniosek jest niezasadny. Jak wskazano powyżej, treść odwołania nie pozostawia wątpliwości jakie czynności i zaniechania Zamawiającego kwestionuje Odwołujący. Nieuprawnione jest twierdzenie, że brak wyodrębnienia jednostki redakcyjnej wskazującej wyłącznie czynności lub ich zaniechania, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy Pzp, powoduje, że odwołanie dotyczy wszystkich czynności i zaniechań w całym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołanie dotyczy wyraźnie wskazanego zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu ewentualnie zaniechania wezwania go do wykazania samodzielnego spełnienia warunku. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty dnia 23 maja 2025 r. (Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie Zadania 1) zatem termin na wniesienie odwołania upływał 28 maja 2025 r., w związku z czym odwołanie zostało wniesione w terminie.

Odnosząc się do trzeciego ze złożonych przez Przystępującego wniosków tj. wniosku o pozostawienie odwołania bez rozpoznania z uwagi na brak interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na to, że Odwołujący nie zakwestionował wyboru oferty najkorzystniejszej w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że ustawa Pzp nie przewiduje instytucji pozostawienia odwołania bez rozpoznania. Izba nie podziela stanowiska, że Odwołujący nie wykazał interesu we wniesieniu odwołania, ponieważ w ramach zarzutów obok zaskarżenia czynności zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ewentualnie zaniechania wezwania go do wykazania samodzielnego spełnienia warunku, nie wskazał zarzutu dotyczącego wyboru najkorzystniejszej oferty, niejako akceptując ten wybór. Zdaniem Izby nie powinno budzić wątpliwości, że podnosząc zarzuty dotyczące czynności zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego ewentualnie zaniechania wezwania go do wykazania samodzielnego spełnienia warunku, Odwołujący kwestionuje również wybór najkorzystniejszej oferty. Świadczy o tym treść odwołania, w tym sformułowane żądania. Odwołujący wnosił o unieważnienie czynności wyboru oferty Spółdzielnia Socjalna Grebłok. Dodatkowo należy wskazać, że zarzut dotyczący wyboru oferty najkorzystniejszej ma każdorazowo charakter wynikowy, podstawą odwołania są zarzuty dotyczące czynności i zaniechań poprzedzających wybór. Stwierdzenie przez Izbę naruszeń przepisów ustawy Pzp musi skutkować unieważnieniem wyboru oferty najkorzystniejszej, aby umożliwić wyeliminowanie stwierdzonych naruszeń przepisów ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania Odwołujący będzie miał szansę na uzyskanie zamówienia, gdyż jego oferta uplasuje się na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Spółdzielnia Socjalna Grebłok z siedzibą w Lubiszewie Tczewskim. Strony nie zgłosiły opozycji, ani zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Spółdzielnia Socjalna Grebłok z siedzibą w Lubiszewie Tczewskim (dalej również: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie i oświadczenia o przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie w całości należało uwzględnić.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi w trybie podstawowym z możliwością przeprowadzenia negocjacji postępowanie pn. „Kompleksowa obsługa szaletów publicznych oraz utrzymanie w stałej sprawności eksploatacyjnej toalet samoobsługowych położonych na terenach zieleni miejskiej Wrocławia z podziałem na dwa Zadania”.

Zgodnie z Rozdziałem III pkt 5 SWZ:

„5. Zamówienie zastrzeżone - dla Zadania nr 1:

Zamawiający zgodnie z dyspozycją przepisu art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – niniejszym zastrzega, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy:

- mający status zakładu pracy chronionej,
- spółdzielnie socjalne,
- inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności:
- osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych.

UWAGA 1: Minimalny wskaźnik osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zatrudnionych u Wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie - nie może być mniejszy niż 30%.

UWAGA 2: W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, każdy z Wykonawców musi spełniać warunek opisany powyżej.”

Zgodnie z Rozdziałem IX SWZ pkt 2.4.1 a) SWZ:

„2.4.1 Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje, z należytą starannością:

- a)co najmniej jedną trwającą nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usługę polegającą na bieżącej konserwacji, serwisowaniu toalet samoobsługowych/ automatycznych lub tradycyjnych z zapewnieniem środków czystości i narzędzi do wykonania usługi dla Zadania nr 1, o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto.

UWAGA!”

W przypadku nadal wykonywanych świadczeń powtarzających się lub ciągłych, Zamawiający nie dopuszcza, aby Wykonawca powoływał się na krótsze niż 12 miesięczne okresy (okres ciągły) należycie wykonanej usługi w wymaganym powyżej zakresie.”

Na potrzeby wykazania spełnienia wyżej wymienionego warunku Przystępujący powołał się na zasoby T.B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.B. Firma Handlowo-Uslugowa M.. Zgodnie z uzupełnionym załącznikiem nr 5 do SWZ wykonawca ten będzie działał jako podwykonawca. W punkcie 14 Formularza oferty Przystępujący wskazał, że podwykonawca ten wykona 30% przedmiotu zamówienia tj.: Nadzór nad wykonywaniem zamówienia i prace konserwatorskie.

3 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz do „II. Z uwagi na fakt, iż w niniejszym postępowaniu w zakresie Zadania 1 polegać będziecie Państwo na zdolnościach Podmiotu udostępniającego zasoby T.B. Firma Handlowo-Uslugowa M. na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, co określono w Formularzu ofertowym oraz w Zobowiązaniu podmiotu użyczającego zasoby - Zamawiający działając na podstawie przepisu art. 274 ust. 1 ustawy Pzp - niniejszym pismem wzywa Państwa, zgodnie z postanowieniami SWZ:

a) do wyjaśnienia (doprecyzowania) na potrzeby jakiego warunku korzystacie Państwo z Podmiotu użyczającego zasoby oraz w jakim dokładnie zakresie.

UWAGA: Jednocześnie Zamawiający zwraca Wykonawcy uwagę na to, że udzielając wyjaśnień na powyższe pytania należy pamiętać, iż postępowanie dedykowane jest do podmiotów zastrzeżonych z art. 94 ust. 1 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe przy uczestnictwie Podmiotu udostępniającego zasoby - obowiązują szczególne reguły ostrożności

procedowania określone m.in. w „Komentarzu do ustawy Pzp”, publikowanym na stronach Urzędu Zamówień Publicznych.

I tak, zgodnie z ww. komentarzem: „Tym samym wykonawcy ubiegający się o zamówienie zastrzeżone powinni samodzielnie spełniać warunki określone w art. 94 Pzp, tj. posiadać status zakładu pracy chronionej, spółdzielni socjalnej lub być innym wykonawcą, którego głównym celem działalności jest integracja społeczna i zawodowa osób marginalizowanych wskazanych przez zamawiającego, oraz zatrudniać te osoby na poziomie nie niższym niż 30% ogółu zatrudnionych. Nie mogą w tym zakresie polegać na zasobach podmiotów trzecich. Na tej samej zasadzie warunki te powinny być spełnione odrębnie przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Ponadto ewentualne korzystanie przez wykonawcę z podwykonawstwa w zamówieniu zastrzeżonym nie może prowadzić do obejścia przez niego warunków uprawniających do ubiegania się o udzielenie zamówienia zastrzeżonego.”

7 kwietnia 2025 r. wykonawca udzielił następującej odpowiedzi:

„W zakresie zadania 1 będziemy polegać na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby - T.B. firma Handlowo-Uslugowa M. na potrzeby warunku zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykształcenia, odpowiednich kwalifikacji, wieloletniego doświadczenia oraz potencjału technicznego. Wyżej wymieniona firma spełnia warunki udziału w postępowaniu, posiada co najmniej jedną trwającą nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usługę polegającą na bieżącej konserwacji, serwisowaniu toalet samoobsługowych/automatycznych lub tradycyjnych z zapewnieniem środków czystości i narzędzi do wykonania usługi dla Zadania nr 1, o wartości nie mniejszej niż 200 000,00 zł brutto. Wykaz usług wraz z referencjami zostaną dołączone do pisma. Na potwierdzenie. Ponadto dołączamy resztę dokumentów i oświadczeń na wezwanie Zamawiającego.”

23 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących udziału w realizacji zamówienia podmiotu udostępniającego zasoby.

25 kwietnia 2025 r. wykonawca udzielił odpowiedzi wskazując czynności, w których będzie uczestniczył podmiot udostępniający zasoby.

30 kwietnia 2025 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym m.in.:

„do szczegółowego wyjaśnienia treści oferty /złożonych dokumentów poprzez:

a) Udzielnie odpowiedzi na pytanie: jaki jest procent zatrudnienia oraz jaka jest ilość osób defaworyzowanych (niepełnosprawnych), którą zatrudniacie Państwo w Spółdzielni Socjalnej GREBLOK - do realizacji przedmiotowego zamówienia.

b) Udzielnie odpowiedzi na pytanie: jaki jest procent zatrudnienia oraz jaka jest ilość osób defaworyzowanych zatrudnionych w podmiocie udostępniającym zasoby w firmie T.B. Firma Handlowo – Usługowa M. - do realizacji przedmiotowego zamówienia.

c) Udzielnie odpowiedzi na pytanie: jaka jest liczba osób defaworyzowanych (niepełnosprawnych), która będzie zaangażowana w wykonywanie przedmiotowego zamówienia?

Ponadto w swoich wyjaśnieniach z dnia 25.04.2025r. w ostatnim zdaniu wskazaliście Państwo, iż to:

„Wykonawca Spółdzielnia Socjalna Greblok będzie zatrudniała wszystkie osoby do realizacji zamówienia.”

W tym miejscu powstaje pytanie Zamawiającego jak się ma ta deklaracja o tym, że sam główny Wykonawca będzie zatrudniał wszystkie osoby do realizacji zamówienia – do tego że powołujecie się Państwo na Podmiot udostępniający zasoby tj. firmę: T.B. Firma Handlowo – Usługowa M. - a skoro się powołujecie na taki podmiot to ma on brać czynny udział w realizacji zamówienia, zgodnie z powołanym poniżej przepisem.” Zamawiający w wezwaniu wskazał również, że posiada wątpliwości odnośnie realności udostępnianego zasobu.

5 maja 2025 r. wykonawca udzielił następującej odpowiedzi:

„a) W Spółdzielni Socjalnej Greblok do realizacji przedmiotowego zamówienia zatrudnimy 6 osób czyli 100% zatrudnienia

b) Właściciel firmy F.H.U M.T. będzie samodzielnie i bezpośrednio bez udziału pracowników realizował przedmiotowe zamówienie. c) W wykonywanie przedmiotowego zamówienia będzie zaangażowanych 6 osób defaworyzowanych. W odpowiedzi na wątpliwości Zamawiającego dotyczących tego, że „Wykonawca Spółdzielnia Socjalna Greblok będzie zatrudniała wszystkie osoby do realizacji zamówienia, ponownie informuję, że pan T.B. będzie brał czynny- osobisty udział w realizacji zamówienia zgodnie z powołanym przepisem art. 118 ust.2 PZP. I jest to oczywiste, że będzie zaangażowany i powiązany z realiami wykonania zamówienia w kontekście udostępnianego potencjału, wiedzy i doświadczenia z powodu osobistego udziału w/w zakresie.”

23 maja 2025 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Greblok jako najkorzystniejszej.

Z takim stanowiskiem Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp poprzez:

- zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Greblok, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał

spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, bowiem udostępnienie doświadczenia przez podmiot komercyjny w warunkach zamówienia zastrzeżonego na podstawie art. 94 ustawy Pzp jest sprzeczne z przepisami ustawy i celem ich wprowadzenia,

- alternatywnie: zaniechanie wezwania wykonawcy Spółdzielnia Socjalna Grebłok do wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia, pomimo że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku przy pomocy podmiotu udostępniającego zasoby, ponieważ:

a) podmiot udostępnił zasoby w sposób sprzeczny z art. 94 ustawy Pzp – tj. nie będąc podmiotem, o którym mowa w art. 94 ust. 1 Pzp,

b) udostępnienie zasobów jest niewystarczające, mając na uwadze oświadczenie w formularzu ofertowym wykonawcy, w którym zadeklarował udział podmiotu jedynie w zakresie nadzoru i prac konserwatorskich i to wyłącznie na poziomie 30% przedmiotu zamówienia,

c) udostępnienie zasobu w zakresie wynikającym z zobowiązania, doprecyzowanego następnie wyjaśnieniami wykonawcy, w kontekście specyfiki i realizacji usługi, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego, jest nierealne, co przeczy dostępowi do potencjału podmiotu trzeciego -zaś rozszerzenie zakresu polegania na zdolnościach podmiotu udostępniającego zasoby na obecnym etapie jest nieuprawnione, co wyklucza możliwość zastąpienia podmiotu udostępniającego innym podmiotem.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 należy wskazać, że zgodnie z art. 94 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp:

1. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem lub głównym celem działalności ich wyodrębnionych organizacyjnie jednostek, które będą realizowały zamówienie, jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych, w szczególności:

1) osób niepełnosprawnych w rozumieniu ustawy z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz.U. z 2024 r. , , i ),

2) <sup>14)</sup> bezrobotnych w rozumieniu ustawy z dnia 20 marca 2025 r. o rynku pracy i służbach zatrudnienia (Dz.U. poz. 620),

3) <sup>15)</sup> osób poszukujących pracy, niepozostających w zatrudnieniu lub niewykonujących innej pracy zarobkowej, w rozumieniu ustawy z dnia 20 marca 2025 r. o rynku pracy i służbach zatrudnienia,

4) osób usamodzielnianych, o których mowa w ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. o wspieraniu rodziny i systemie pieczy zastępczej (Dz.U. z 2024 r. , , i ),

5) osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, o których mowa w ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. z 2024 r. ), mających trudności w integracji ze środowiskiem,

6) osób z zaburzeniami psychicznymi w rozumieniu ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego (Dz.U. z 2024 r. ),

7) osób bezdomnych w rozumieniu ustawy z dnia 12 marca 2004 r. o pomocy społecznej (Dz.U. z 2023 r. , z późn. zm.<sup>16)</sup>),

8) osób, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, o których mowa w ustawie z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2023 r. oraz z 2024 r. ),

9) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,

10) osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych w rozumieniu ustawy z dnia 6 stycznia 2005 r. o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym (Dz.U. z 2017 r. )

- pod warunkiem, że procentowy wskaźnik zatrudnienia osób należących do jednej lub więcej kategorii, o których mowa w pkt 1-10, jest nie mniejszy niż 30% osób zatrudnionych u wykonawcy albo w jego jednostce, która będzie realizowała zamówienie.”

Zgodnie z art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

„1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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.

2.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.”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp:

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

(...)

2) została złożona przez wykonawcę:

(...)

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,”

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zakres zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy Greblok został określony na poziomie 30%. Dotyczył on jedynie nadzoru oraz prac konserwatorskich. Wykazanie się przez wykonawcę spełnieniem warunku udziału w postępowaniu ma na celu zagwarantowanie Zamawiającemu prawidłowe zrealizowanie zamówienia. Podmiot udostępniający zasób powinien wykonać usługę razem z wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia. Powinien on wykonać usługę, do której potencjał wskazany w warunku udziału w postępowaniu jest wymagany. W przedmiotowej sprawie mimo posiadania przez podmiot udostępniający wymaganego doświadczenia, zakres jego zaangażowania nie pozwala na uznanie, że usługa zostanie należycie wykonana.

Dodatkowo należy zauważyć, że brak zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia nie świadczy o tym, że podmiot udostępniający zasoby nie musi być jednym z podmiotów wskazanych w art. 94 ustawy Pzp. W przeciwnym razie osiągnięcie celu społecznego byłoby fikcyjne. Izba podziela stanowisko wyrażone w Komentarzu do ustawy Pzp pod redakcją H.N. i M.W., że „ewentualne korzystanie przez wykonawcę z podwykonawstwa w zamówieniu zastrzeżonym nie może prowadzić do obejścia przez niego warunków uprawniających do ubiegania się o udzielenie zamówienia zastrzeżonego. Odmienne podejście do weryfikacji spełniania warunków określonych dla zamówień zastrzeżonych umożliwiłoby udzielenie zamówienia podmiotowi, który w rzeczywistości nie prowadzi działalności integracyjnej ani nie zatrudnia wymaganego odsetka osób marginalizowanych, tym samym byłoby sprzeczne z celem tej regulacji.” Jak wynika z powyższego przyjęcie odmiennego stanowiska mogłoby prowadzić do tego, że zamówienie przynajmniej w części byłoby realizowane przez osoby, które nie są społecznie marginalizowane, a aktywizacja i integracja takich osób była celem przepisu. Z wyjaśnień udzielonych przez wykonawcę Greblok (wezwania Zamawiającego z dnia 3 kwietnia 2025 r. i 30 kwietnia 2025 r.) nie wynika, aby wykonawca udostępniający mu zasoby posiadał status wymagany przy zamówieniach zastrzeżonych. Mając na uwadze powyższe oferta wykonawcy Greblok powinna zostać przez Zamawiającego w zakresie zadania nr 1 odrzucona, gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

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.”

Izba wskazuje, że w przedmiotowej sprawie przepis ten nie znajdzie zastosowania, ponieważ zakres udostępnionych zasobów jest niewystarczający do uznania, że wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w związku z czym zastąpienie podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem byłoby bezcelowe. Izba nie nakazała również wezwania wykonawcy Greblok do wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu, ponieważ jak wynika z Informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców wykonawca ten został zarejestrowany w Krajowym Rejestrze Sądowym 19 listopada 2024 r., zaś Zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał się wykonaniem co najmniej jednej trwającej nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy usługi. Wykonawca Greblok istnieje przez czas krótszy, niż rok w związku z czym nie jest możliwe, aby wykazał, że samodzielnie spełnia wymieniony warunek udziału w postępowaniu. Mając na uwadze powyższe Izba nakazała odrzucenie oferty tego wykonawcy uznając, że wzywanie do wykazania samodzielnego spełnienia warunku udziału w postępowaniu byłoby niecelowe i jedynie wydłużałoby prowadzone przez Zamawiającego postępowanie.

W związku z uwzględnieniem odwołania w zakresie zarzutu głównego Izba nie odnosi się merytorycznie do postawionego zarzutu ewentualnego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 7 ust. 1 pkt 2, stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Przystępującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....