

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: **Agata Mikołajczyk**

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 lipca 2025 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2025 r. przez Odwołującego: Unifor Sp. z o.o. z/s w Imielinie (ul. Lipowa 7A, 41407 Imielin) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Komunalny PGM w Chorzowie (ul. Bałtycka 8, 411 500 Chorzów),

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego: **Unifor Sp. z o.o. z/s w Imielinie** (ul. Lipowa 7A, 411 407 Imielin) i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
- 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.

.....

Sygn. akt: 2376/25

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2025 r. przez wykonawcę: Unifor Sp. z o.o. z/s w Imielinie (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Zakład Komunalny PGM w Chorzowie. Przedmiotem zamówienia publicznego jest „Świadczenie usług pogotowia awaryjnego” (numer referencyjny: NZ.251.00017.2025.AK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 kwietnia 2025 r. pod numerem 2025/BZP 00197142.

Odwołujący podał: (...)

4. Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to:

- 1) czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę P.L. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Zakład Instalacji Sanitarnych wod. kan., c.o., gaz P.L.”;
- 2) czynność odrzucenia oferty Odwołującego.

5. Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego, Odwołujący stawia następujące zarzuty:

- 1) zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy;
- 2) zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do wystosowania takiego wezwania.

6. Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym:
 - a) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
 - b) wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia;
- 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 7 500,00 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

W uzasadnieniu stanowiska podał: (...)

Zarzut numer 1 (naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy)

I.1. Okoliczności faktyczne

7. Zamawiający prowadzi na podstawie przepisów ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod

nazwą „Świadczenie usług pogotowia awaryjnego” (numer referencyjny: NZ.251.00017.2025.AK).

Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Postępowanie prowadzone jest w trybie podstawowym w wariacie bez przeprowadzenia negocjacji (art. 275 pkt 1 ustawy Pzp). Zamówienie zostało sklasyfikowane jako usługi.

8. Zgodnie z rozdziałem 15 ust. 1 pkt 4 lit. a oraz b SWZ, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu:

„W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 108 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt 1) i 4) ustawy PZP i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia

2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (tekst jedn. Dz. U. z 2024r., poz. 507) oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) zdolności technicznej lub zawodowej:

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż:

a) w ciągu 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie świadczył usługi pogotowia awaryjnego, o zsumowanej wartości brutto w ciągu jednego roku nie niższej niż 170 000,00 zł, wraz z załączeniem dowodu/ów określającego/-ych, czy ww. usługi zostały wykonane należycie. (Zamawiający nie stawia wymagań dot. minimalnej ilości usług – do spełnienia ww. warunku wystarczy wykonanie 1 usługi o wartości i zakresie podanym powyżej.)

b) dysponuje:

- 1 osobą z uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
- 3 osobami z uprawnieniami: Grupa 1 - Eksploatacja (E): Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną,
- 1 osobą z uprawnieniami: Grupa 1 - Dozór (D): Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną,
- 3 osobami z uprawnieniami: Grupa 3 - Eksploatacja (E): Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe,
- 1 osobą z uprawnieniami: Grupa 3 – Dozór (D): Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe”.

9. W związku z powyższym, Zamawiający określił, iż wykonawcy biorący udział w postępowaniu, muszą wykazać, iż posiadają szczegółowo zdefiniowane przez Zamawiającego doświadczenie oraz że dysponują konkretną liczbą osób posiadających sprecyzowane przez Zamawiającego uprawnienia. Przy czym, należy zaznaczyć, że Zamawiający nie wymagał dla tych osób szczególnego doświadczenia, tak jak w przypadku doświadczenia wykonawców w świadczeniu usługi pogotowia awaryjnego (w tym zakresie ograniczył się wyłącznie do wymogu posiadania uprawnień).

10. W rozdziale 15 ust. 2 SWZ Zamawiający przewidział następujące postanowienia dotyczące polegania zasobach podmiotów trzecich:

„Powoływanie się na zasoby innych podmiotów (podmiotów trzecich):

1) wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu może w stosownej sytuacji polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy PZP, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków.

2) wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia – w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby – warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniach, o których mowa w Rozdziale 9 ust. 3 pkt 2) SWZ.

3) wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa 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 – załącznik nr 4 do SWZ.

4) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby,

b) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia,

c) 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.

d) 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.

e) Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy – Zamawiający żąda przedstawienia dokumentów wymienionych w Rozdziale 9 ust. 3 pkt 4) SWZ.

f) wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o podwykonawcach w oświadczeniu, o którym mowa w Rozdziale 9 ust. 3 pkt 2) SWZ.

g) 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.

h) jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia 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”.

11. W postępowaniu ofertę złożył m.in. Odwołujący.

12. Odwołujący, zgodnie z wymogami SWZ, wraz z ofertą złożył oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w którym oświadczył, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu, polega na zasobach podmiotu trzeciego - Firmy Handlowo Usługowej KOZERA M.K., adres ul. Wapienna 16 C, 43-140 Łędziny, identyfikującym się numerem NIP: 6462881334.

13. Do oferty dołączył także zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji Odwołującego niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. W zobowiązaniu tym, podmiot trzeci zobowiązał się do oddania do dyspozycji Odwołującego zasobów, określając zakres dostępnych Odwołującemu zasobów podmiotu udostępniającego zasoby jako zdolność zawodowa - wiedza i doświadczenie zawodowe.

14. Pismem z dnia 5 czerwca 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę Odwołującego, podając przy tym uzasadnienie prawne i faktyczne:

Uzasadnienie faktyczne:

„Wykonawca na wezwanie Zamawiającego z art. 128.1 ustawy PZP oraz art. 274.1 ustawy PZP złożył dokumenty podmiotowe (zał. nr 6 i 7 do SWZ) i oświadczenia (zał. Nr 2 i 4 do SWZ), z których wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków zamówienia powołuje się on na zasoby podmiotu trzeciego (tj. podwykonawcy), jednak dysponuje tymi zasobami jedynie w zakresie doświadczenia nie uwzględniając dysponowania w zakresie osób, które zgodnie z dokumentacją postępowania będą realizować część zamówienia wykonywaną przez podwykonawcę (wg pkt 1 zał. nr 1a do SWZ – świadczenie usług pogotowia awaryjnego), a więc w ww. przypadku również powinny być wskazane w ww. dokumentach i oświadczeniach jako zasób podmiotu trzeciego tj. podwykonawcy. Powyższe niezgodne jest z przepisami ustawy PZP, ja i zapisami SWZ”.

Uzasadnienie prawne:

„Podstawa prawna: oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy PZP”.

Ponadto, poniżej dodał (co jest jednak przedmiotem odrębnego zarzutu):

„Ponadto wykaz osób został złożony niezgodnie z SWZ - należało wskazać 3 osoby z uprawnieniami. E gazowymi, a Wykonawca wskazał 2 osoby (w poz. 7 i 8 wykazu ta sama osoba)”.

II.2. Okoliczności prawne

15. Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

jest niezgodna z przepisami ustawy”.

16. W uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający powołując się na niezgodność oferty Odwołującego z przepisami ustawy Pzp, powinien wskazać, z jakim dokładnie przepisem oferta ta jest jego zdaniem niezgodna. Jednak, Zamawiający ograniczył się jedynie do przytoczenia treści przepisu, będącego podstawą prawną odrzucenia oferty Odwołującego. Nie jest wiadome, z jakim przepisem ustawy Pzp oferta Odwołującego miałaby być niezgodna.

17. Dodatkowo, wskazać należy, że w ustawie Pzp nie ma przepisu, który zabraniałby polegania na zasobach w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący, tj. dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego jedynie w zakresie doświadczenia, nie uwzględniając jednocześnie dysponowania jego zasobami w zakresie osób, które zgodnie z dokumentacją postępowania będą realizować część zamówienia wykonywaną przez podwykonawcę.

18. Ponadto, żadne postanowienie SWZ również nie zabrania tego typu konstrukcji.

19. Zatem, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że oferta Odwołującego, a dokładnie jej część poświęcona poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego, jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp. Taka konstrukcja nie jest również niezgodna z treścią SWZ.

20. Co więcej, Odwołujący pragnie wskazać na fakt, iż podmiot udostępniający zasoby oraz Odwołujący należą do jednej grupy kapitałowej. Podmiot udostępniający zasoby to Pan M.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Firma Handlowo Usługowa KOZERA M.K.». Natomiast Odwołujący (wykonawca) to Unifor spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Imielinie. Pan M.K. (podmiot udostępniający zasoby) jest wspólnikiem Odwołującego (posiada połowę udziałów) oraz jednocześnie jest prezesem zarządu. W niniejszym przypadku, ma miejsce sytuacja często spotykana na rynku, polegająca na tym, że dany przedsiębiorca najpierw prowadzi jednoosobową działalność gospodarczą, a później zakłada spółkę. Po tym, obydwie podmioty, tj. jednoosobowa działalność gospodarcza oraz założona spółka tworzą niejako jeden organizm gospodarczy, mimo, iż formalnie są to dwa oddzielne podmioty.

21. Ponadto, osoby, które pracują/współpracują z podmiotem udostępniającym zasoby (jednoosobowa działalność gospodarcza), obecnie pracują/współpracują również z Odwołującym (spółka). Z tego powodu, Odwołujący dysponuje nimi w sposób bezpośredni, dlatego tym bardziej, nie ma konieczności udostępnienia zasobów w postaci osób, gdyż przez fakt zatrudnienia tych pracowników, Odwołujący już sam nimi dysponuje – w sposób bezpośredni.

22. Mając na uwadze powyższe, należy podkreślić, że podmiot udostępniający zasoby, nie jest zupełnie obcym podmiotem dla Odwołującego, tylko mamy do czynienia z jedną grupą kapitałową, która w zasadzie tworzy jeden organizm gospodarczy, składający się z powiązanych ze sobą na różnych płaszczyznach, dwóch podmiotów.

23. Co więcej, Odwołujący ponownie pragnie podkreślić, iż w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania określonymi osobami, Zamawiający nie wymagał dla tych osób konkretnego doświadczenia, wyrażonego np. w ilości przepracowanych lat, dlatego tym bardziej poleganie na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności zawodowej jednocześnie dysponując konkretnymi osobami nie było konieczne.

24. Podsumowując, w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, Zamawiający powołując się na niezgodność oferty Odwołującego z przepisami ustawy Pzp, nie wskazał z jakim dokładnie przepisem oferta ta jest niezgodna.

Żaden przepis ustawy Pzp (jak również żadne z postanowień SWZ) nie zabrania sytuacji polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia przy jednoczesnym nie poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia. Ponadto, mając na uwadze, że podmiot udostępniający zasoby oraz Odwołujący należą do jednej grupy kapitałowej oraz fakt braku przepisów w ustawie Pzp oraz postanowień SWZ, dotyczących zakazu polegania na zasobach w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący, stwierdzić należy, że oferta Odwołującego, a dokładnie jej część poświęcona poleganiu na zasobach podmiotu trzeciego nie jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp oraz zapisami SWZ, tak jak w uzasadnieniu odrzucenia oferty twierdzi Zamawiający.

II. ZARZUT NUMER 2

naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do wystosowania takiego wezwania

II.1. Okoliczności faktyczne

25. Zgodnie z rozdziałem 15 ust. 1 pkt 4 lit. b SWZ, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu:

„W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w okolicznościach, o których mowa w art. 108 ust. 1, art. 109 ust. 1 pkt 1) i 4) ustawy PZP i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (tekst jedn. Dz. U. z 2024r., poz. 507) oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) zdolności technicznej lub zawodowej:

Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż: (...)

b) dysponuje:

• 1 osobą z uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, • 3 osobami z uprawnieniami: Grupa 1 - Eksploatacja (E): Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną,

• 1 osobą z uprawnieniami: Grupa 1 - Dozór (D): Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną,

• 3 osobami z uprawnieniami: Grupa 3 - Eksploatacja (E): Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe,

• 1 osobą z uprawnieniami: Grupa 3 – Dozór (D): Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe”.

26. Jak już wcześniej wspomniał Odwołujący, warunek ten wprowadził obowiązek wykazania przez wykonawców biorących udział w postępowaniu fakt dysponowania konkretną liczbą osób posiadających sprecyzowane przez Zamawiającego uprawnienia.

27. Pismem dnia 13 maja 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, na które składały się: wykaz usług, wykaz osób oraz wykaz narzędzi. Dokumenty te miały zostać sporządzone według wzorów załączonych do SWZ postępowania.

28. Dnia 19 maja 2025 r. Odwołujący odpowiedział na wezwane Zamawiającego, składając wyżej wymienione wykazy wraz z dowodami dla wykazu usług, określającymi, że usługi te zostały wykonane należycie.

Co istotne dla tej części niniejszego odwołania, Odwołujący złożył wykaz osób, w którym omyłkowo w dwóch jego pozycjach wskazał tę samą osobę dla tego samego wymaganego uprawnienia (jedna pozycja wykazu została przez pomyłkę skopiowana). W konsekwencji, Odwołujący wskazał 2 osoby dla wymaganego uprawnienia „Grupa 3 - Eksploatacja (E): Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe”, a nie 3 osoby, tak jak wymagał w SWZ Zamawiający.

29. Następnie, pismem dnia 21 maja 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do poprawienia złożonego przez niego wykazu usług, wyznaczając na to termin do dnia 23 maja 2025 r. Zamawiający nie wzywał w żaden sposób Odwołującego do poprawienia/uzupełnienia/złożenia wykazu osób (wykaz osób nie był do tej pory przedmiotem żadnej procedury sanacyjnej). Dnia 23 maja 2025 r. Odwołujący złożył nowy wykaz usług wraz ze stosownymi dowodami.

30. Pismem z dnia 5 czerwca 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucił ofertę Odwołującego, podając przy tym uzasadnienie prawne i faktyczne (przytoczone przez Odwołującego w całości w punkcie 14 niniejszego odwołania), w którym stwierdził:

„Ponadto wykaz osób został złożony niezgodnie z SWZ - należało wskazać 3 osoby z uprawnieniami. E gazowymi, a Wykonawca wskazał 2 osoby (w poz. 7 i 8 wykazu ta sama osoba)”.

II.2. Okoliczności prawne

31. Do niniejszego zagadnienia znajdzie zastosowania przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp:

„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”.

32. Wymaga podkreślenia, że przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wprowadza po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, wcześniej złożonych podmiotowych środków dowodowych, które były niekompletne bądź zawierały błędy. Świadczy o tym choćby wyrażenie: „zamawiający wzywa wykonawcę”.

Ustawodawca nie pozostawia Zamawiającemu swobody do decydowania o tym czy wezwie wykonawcę do poprawy wadliwych dokumentów, czy też nie. Zatem, nie jest to uprawnienie Zamawiającego, z którego może skorzystać bądź nie, ale jego obowiązek.

33. Na potwierdzenie wskazuję wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2023 r. sygn. akt: KIO 732/23: „Obowiązek wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych dotyczy wyłącznie podmiotowych środków dowodowych wymaganych przez Zamawiającego, do których złożenia, uzupełnienia lub poprawienia wykonawca był wezwany na podstawie art. 126 ust. 1 p.z.p. albo art. 274 ust. 1 p.z.p. Wezwanie wykonawcy do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych jest obowiązkiem Zamawiającego, o czym świadczy słowo "wzywa", przy czym wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu”.

34. Ponadto, uprzedzając ewentualną polemikę, Odwołujący wskazuje, że ma świadomość, że z przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wiąże się zasada jednorazowego wezwania, która stanowi, że Zamawiający może wezwać wykonawcę do złożenia bądź poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych tylko raz. Niemniej dotyczy to wyłącznie okoliczności, które były przedmiotem wcześniejszego wezwania Zamawiającego. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje – M. Jaworska, Komentarz do art. 128 [w:] red. M. Jaworska, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Legalis 2025: „Wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 PZP, może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Powyższe wynika z obowiązku stosowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania. Wezwanie powinno precyzyjnie wskazywać uchybienia, jakich dopuścił się wykonawca, sposób ich usunięcia poprzez wskazanie, czy powinno mieć miejsce

złożenie, poprawienie lub uzupełnienie określonych oświadczeń lub dokumentów, a także określać termin i formę, w jakiej nieprawidłowości powinny być usunięte. W przypadku niezachowania tych warunków, w szczególności w przypadku nieprecyzyjnego lub niekompletnego wezwania, możliwe (a nawet konieczne) jest ponowienie tej czynności przez zamawiającego”.

35. W przedstawionym stanie faktycznym, co prawda, doszło do wezwania Zamawiającego do poprawy jednego z podmiotowych środków dowodowych, a zatem do procedury określonej w przytoczonym wyżej przepisie, jednakże dotyczyła ona tylko wykazu usług. Odwołujący zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, w terminie przez niego określonym, poprawił złożony przez siebie wykaz usług. Jednakże Zamawiający w wezwaniu tym nie odniósł się w żaden sposób do złożonego przez Odwołującego wykazu osób, tym bardziej nie wezwał go do poprawy tego dokumentu, do czego był zobowiązany.

36. Natomiast, w uzasadnieniu odrzucenia oferty, wskazał, że m.in. odrzuca ofertę Odwołującego ze względu na niezgodnie z SWZ złożony wykaz osób, gdyż należało wskazać 3 osoby z uprawnieniami określonymi „Grupa 3 - Eksploatacja (E): Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe”, a Wykonawca wskazał 2 osoby, ponieważ w poz. 7 i 8 wykazu wpisał tę samą osobę.

37. Podsumowując, Zamawiający zaniechał czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia wykazu osób, do czego na podstawie ustawy Pzp był zobowiązany.

III. KWESTIE FORMALNE

38. Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. Gdyby Zamawiający nie dokonał czynności odrzucenia oferty Odwołującego, to oferta Odwołującego byłaby ofertą najwyższej ocenioną, a w konsekwencji Odwołujący miałby duże szanse na ostateczne uzyskanie zamówienia. Tym samym w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący poniósł szkodę.

(...)

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 23.06.2025 r.) podał: (...) wnoszę o oddalenie odwołania w całości, jako bezzasadnego. Ponadto wnoszę o przeprowadzenie następujących dowodów:

-wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 06 maja 2025 r.,

-odpowiedź na wezwanie,

-wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 13 maja 2025 r.,

-odpowiedź na wezwanie,

-wezwanie do złożenia dokumentów z dnia 21 maja 2025 r.,

-odpowiedź na wezwanie,

-informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej,

na wykazanie faktu zgodnego z przepisami prawa przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

(...)

W uzasadnieniu stanowiska wskazał na następujące okoliczności: (...)

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Niezgodność oferty z warunkami zamówienia zachodzi w sytuacji, gdy oferowany przedmiot zamówienia lub sposób jego wykonania nie odpowiada merytorycznym wymaganiom określonym przez zamawiającego (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lutego 2022 r., KIO 192/22).

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP 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.

Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy PZP zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W związku z powyższym Odwołujący na wezwanie Zamawiającego z art. 128 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 274 ust. 1 ustawy PZP złożył dokumenty podmiotowe (zał. nr 6 i 7 do SWZ) i oświadczenia (zał. nr 2 i 4 do SWZ), z których wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków zamówienia powołuje się on na zasoby podmiotu trzeciego tj. podwykonawcy, jednak dysponuje tymi zasobami jedynie w zakresie doświadczenia nie uwzględniając dysponowania w zakresie osób, które zgodnie z dokumentacją postępowania będą realizować część zamówienia wykonywaną przez podwykonawcę (wg pkt 1 zał. nr 1a do SWZ – świadczenie usług pogotowia awaryjnego), a więc w ww. przypadku również powinny być wskazane w ww. dokumentach i oświadczeniach jako zasób podmiotu trzeciego tj. podwykonawcy. Powyższe niezgodne jest z przepisami ustawy PZP i zapisami SWZ. Z powyższego wynika, że Odwołujący nie zastosował się do

wezwania Zamawiającego zatem oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu”.

Odwołujący w piśmie procesowym z dnia 7.07.2025 r. podał: (...)

(...)

2.Odwołujący podtrzymuje swoje stanowisko i postawione w odwołaniu zarzuty.

3.W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazuje, że Odwołujący powołując się na zasoby podmiotu trzeciego (w tym doświadczenie), składając jednocześnie wszystkie wymagane w tym zakresie dokumenty, w tym podmiotowe środki dowodowe w postaci wykazu osób i wykazu usług oraz niezbędnych oświadczeń, nie uwzględnił zasobów w zakresie osób, które będą realizować część zamówienia dotyczącą świadczenia usług pogotowia awaryjnego, jak wymagano w dokumentacji przetargowej. Zdaniem Zamawiającego, w dokumentach i oświadczeniach powinny zostać wskazane również te osoby jako zasób podmiotu trzeciego (podwykonawcy). W związku z tym, w odpowiedzi na odwołanie zaznacza – tak samo jak w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, że wyżej opisane okoliczności są niezgodne z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (...) oraz z zapisami SWZ oraz że Odwołujący nie zastosował się do wezwania Zamawiającego, zatem oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu.

4.Jednakże Odwołujący podkreśla, że Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty Odwołującego, powołując się na niezgodność oferty z przepisami ustawy Pzp, powinien dokładnie wskazać, który konkretny przepis zdaniem Zamawiającego został naruszony. Natomiast, Zamawiający jedynie przytoczył ogólną treść przepisu, który stanowi podstawę prawną odrzucenia oferty, nie precyzując, z którym przepisem ustawy Pzp oferta Odwołującego miała być niezgodna. Co więcej, tak samo postąpił w złożonej odpowiedzi na odwołanie, nadal nie przytaczając żadnego konkretnego przepisu ustawy Pzp, z którym rzekomo oferta Odwołującego jest niezgodna.

5.Należy również podkreślić, że w ustawie Pzp nie ma przepisu, który zakazywałby polegania na zasobach w sposób, w jaki uczynił to Odwołujący, tzn. dysponowania zasobami podmiotu trzeciego jedynie w zakresie doświadczenia, bez uwzględnienia zasobów w zakresie osób, które zgodnie z dokumentacją postępowania będą realizować część zamówienia wykonywaną przez podwykonawcę. Ponadto, żadne postanowienie SWZ nie zakazuje przyjęcia takiej konstrukcji. W związku z tym, nie można zgodzić się z Zamawiającym, że oferta Odwołującego, a dokładniej jej część dotycząca polegania na zasobach podmiotu trzeciego, jest niezgodna z przepisami ustawy Pzp ani z treścią SWZ.

6.Ponadto, Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w żaden sposób nie odniósł się do drugiego postawionego przez Odwołującego zarzutu, tj. zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do wystosowania takiego wezwania. W kontekście tego zarzutu, Odwołujący także podtrzymuje swoje stanowisko wyrażone i szczegółowo opisane w odwołaniu.

7.Odwołujący zwraca uwagę na fakt, iż Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie nie ustosunkował się w żaden sposób do okoliczności przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu. Zamawiający zaprezentował jedynie swoje własne stanowisko, które jest takie samo jak treść uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego, całkowicie ignorując okoliczności wskazywane przez Odwołującego. (...)

Do postępowania odwoławczego przystąpienia nie zgłosił żaden z wykonawców. W Zamawiający w piśmie z dnia 30 czerwca 2025 r. (tiret czwarty) podał: (...) *kopia odwołania została przekazana Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w dniu 11.06.2025r. za pośrednictwem Platformy e-Zamówienia*”.

Krajowa Izba Odwoławcza (Izba lub KIO) ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący podniósł w odwołaniu dwa zarzuty:

- ✓ Zarzut nr 1 - naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp z uwagi na dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy;
- ✓ Zarzut nr 2 - naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany do wystosowania takiego wezwania.

Zamawiający w decyzji z dnia 5.06.2025 r. o odrzuceniu oferty Odwołującego – wykonawcy Unifor Sp. z o.o. z/s w Imielinie (Odwołujący lub wykonawca Unifor) podał: (...) *Wykonawca na wezwanie Zamawiającego z art. 128.1 ustawy PZP oraz art. 274.1 ustawy PZP złożył dokumenty podmiotowe (zał. nr 6 i 7 do SWZ) oświadczenia (zał. nr 2 i 4 do SWZ), z których wynika, że w celu wykazania spełnienia warunków zamówienia powołuje się on na zasoby podmiotu trzeciego (tj. podwykonawcy), jednak dysponuje tymi zasobami jedynie w zakresie doświadczenia nie uwzględniając dysponowania w zakresie osób, które zgodnie z dokumentacją postępowania będą realizować część zamówienia wykonywaną przez podwykonawcę (wg pkt 1 zał. nr 1a do SWZ – świadczenie usług pogotowia awaryjnego), a więc w ww. przypadku również powinny być wskazane w ww. dokumentach i oświadczeniach jako zasób podmiotu trzeciego tj. podwykonawcy. Powyższe niezgodne jest z przepisami ustawy PZP, jak i zapisami SWZ.*

Podstawa prawna: oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy PZP.

Ponadto wykaz osób został złożony niezgodnie z SWZ - należało wskazać 3 osoby z uprawnieniami. E gazowymi, a Wykonawca wskazał 2 osoby (w poz. 7 i 8 wykazu ta sama osoba).”

W Zobowiązaniu innych podmiotów do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wykonawca Unifor w załączniku nr 4 (wzór wg SWZ) załączonym do formularza oferty przez wykonawcę Unifor podmiot udostępniający zasoby podał: (...) Firma Handlowo Usługowa KOZERA M.K. ul. Wapienna 16 C, 43-140 Łędziny NIP: 6462881334 REGON:243447980 CEiDG(...) zobowiązuję swoje przedsiębiorstwo/się do oddania do dyspozycji: UNIFOR Sp. z o.o. ul. Lipowa 7a, 41-407 Imielin (...) w zakresie: zdolność zawodowa - doświadczenie zawodowe (zakres udostępnianych zasobów*) na okres realizacji zamówienia pn.: „Świadczenie usług pogotowia awaryjnego” na potrzeby realizacji ww zamówienia.

1. Zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby

zdolność zawodowa – wiedza i doświadczenie zawodowe (np. udostępnienie osób, udostępnienie maszyn, udostępnienie środków finansowych, podwykonawstwo.)

2. Sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia: biorąc udział w wykonywaniu udzielonego zamówienia poprzez uczestnictwo z naszej strony uprawnionego przedstawiciela naszej firmy nadzorującego prace wykonywane przez wykonawcę – UNIFOR Sp. z o.o., przy realizacji zamówienia będącego przedmiotem ww. postępowania wraz z wykonaniem 20% zakresu robót.

Okres - cały okres trwania umowy/realizacji zamówienia.

(Należy wskazać czynności/rodzaj robót jaki będzie realizowany. Gdy przedmiotem udostępnienia są zdolności dotyczące wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wówczas wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.)

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 Tak, Firma Handlowo Usługowa K.M. Kozera, wykona 20 % zleconego zakresu prac.

Charakter stosunku, jaki będzie łączył nas z wykonawcą: umowa cywilnoprawna (np. umowa cywilno-prawna, umowa o współpracy)”

Zamawiający w piśmie z dnia 6.05.2025 r. skierowanym do wykonawcy na podstawie art. 128 ust.1 Pzp w zakresie spornym podał: (...) wzywa Wykonawcę do złożenia: (Wykonawca w części II oświadczenia, nie określił szczegółowo zakresu (części zamówienia) jaki będzie wykonywać podmiot udostępniający zasoby)

- wypełnionego i podpisanego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby – zgodnie z Rozdziałem 15 ust. 2 SWZ – załącznik nr 4 do SWZ. (Podmiot udostępniający zasoby nie określił szczegółowo zakresu jaki będzie przez niego udostępniany oraz wykonywany – przypominamy, iż 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)”

Wykonawca Uniform w odpowiedzi przedłożył ponownie zał. nr 4 w którego treści uzupełnionej podmiot trzeci udostępniający zasoby:

- we wstępie rozwinął zakres zdolności technicznej w ten sposób: „tj. zgodnie z rozdz. 15 ustęp 1 punkt 4 a: „ciągu 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie świadczył usługi pogotowia awaryjnego, o zsumowanej wartości brutto w ciągu jednego roku nie niższej niż 170 000,00 zł (...).

- w punkcie 1 (Zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby) podał: „Podwykonawstwo, w związku z poleganiem na zasobie w postaci zdolności zawodowej”.

- w punkcie 2 (Sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia) podał: „Zakresem udziału będzie udostępnienie posiadanych zasobów zdolności zawodowej - posiadanego doświadczenia - jakie Udostępniający nabył realizując wcześniejsze przedsięwzięcia. Będzie to następować poprzez rzeczywiste zrealizowanie części przedmiotu zamówienia tj. świadczenia usług pogotowia awaryjnego we wszystkich lokalizacjach”.

- w punkcie 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) podał: „Tak, Udostępniający będzie występował w roli podwykonawcy w zakresie niezbędnym do przekazania zasobów w sposób wyżej wskazany - bezpośrednio wykona zamówienie w wymaganym zakresie, tj. w zakresie wykonania usług pogotowia awaryjnego we wszystkich lokalizacjach”.

Zamawiający w piśmie z dnia 13.05.2025 r. skierowanym do wykonawcy na podstawie art. 274 ust.1 ustawy Pzp

wezwał wykonawcę Unifor do złożenia: (1) Wykazu usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy – zgodnie z Rozdziałem 15 ust. 1 pkt 4) lit. a) SWZ – załącznik nr 6 do SWZ, (2) Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami – zgodnie z Rozdziałem 15 ust. 1 pkt 4) lit. b) SWZ – załącznik nr 7 do SWZ, (3) Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami - zgodnie z Rozdziałem 15 ust. 1 pkt 4) lit. c) SWZ – załącznik nr 8 do SWZ.

Wykonawca Unifor w odpowiedzi złożył Wykazy, a w zakresie spornym złożył Wykaz osób wg załącznika nr 6 w którym wskazał na dziewięć osób. Zamawiający w piśmie z dnia 21.05. 2025 r. wezwał wykonawcę Unifor wskazując ponownie na art. 128 ust.1 Pzp oraz na Rozdział 15 ust. 1 pkt 4) lit. c) SWZ do złożenia ponownie Wykazu usług wg zał. nr 6 zaznaczając: „Zgodnie z SWZ Zamawiający wymagał wskazania świadczenia usług pogotowia awaryjnego, a Wykonawca wykazał jedynie czyszczenie i utrzymanie kanalizacji deszczowej”. Taki Wykaz dwóch usług – zrealizowanych przez podmiot udostępniający zasoby – w odpowiedzi na to wezwanie został przedłożony.

Odwołujący w związku z odrzuceniem oferty wykonawcy w odwołaniu podniósł zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp stwierdzając, że oferta Odwołującego jest zgodna z przepisami ustawy. Wskazał w tym przypadku, że „Odwołujący, zgodnie z wymogami SWZ, wraz z ofertą złożył oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w którym oświadczył, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu, polega na zasobach podmiotu trzeciego - Firmy Handlowo Usługowej KOZERA M.K., adres ul. Wapienna 16 C, 43-140 Łędziny (...).

Izba, mając na uwadze treść złożonych przez wykonawcę dokumentów oraz uwzględniając postanowienia SWZ i załączników nr 2 i nr 4, stwierdziła że dokumenty złożone przez wykonawcę Unifor nie potwierdziły spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, o którym stanowi art. 112 ust. 1 ust.2 pkt 4 w związku z postanowieniami rozdziału 15 SWZ oraz rozdziału 16 SWZ do których nawiązuje ustawa Pzp w jej art. 116 ust.1 ustawy Pzp.

Zamawiający w rozdziale 15 w ust.1 pkt 4 wskazując na warunek zdolności technicznej lub zawodowej podał: (...) *Warunek ten zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż:*

a) w ciągu 3 ostatnich lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, to w tym okresie świadczył usługi pogotowia awaryjnego, o zsumowanej wartości brutto w ciągu jednego roku nie niższej niż 170 000,00 zł, wraz z załączeniem dowodów/ów określającego/-ych, czy ww. usługi zostały wykonane należycie. (Zamawiający nie stawia wymagań dot. minimalnej ilości usług – do spełnienia ww. warunku wystarczy wykonanie 1 usługi o wartości i zakresie podanym powyżej.) (...)

Oraz

b) dysponuje:

- 1 osobą z uprawnieniami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej,
- 3 osobami z uprawnieniami: Grupa 1 - Eksploatacja (E): Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną,
- 1 osobą z uprawnieniami: Grupa 1 - Dozór (D): Urządzenia, instalacje i sieci elektroenergetyczne wytwarzające, przetwarzające, przesyłające i zużywające energię elektryczną,
- 3 osobami z uprawnieniami: Grupa 3 - Eksploatacja (E): Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe,
- 1 osobą z uprawnieniami: Grupa 3 – Dozór (D): Urządzenia, instalacje i sieci gazowe wytwarzające, przetwarzające, przesyłające, magazynujące i zużywające paliwa gazowe. (...)

ORAZ

c) dysponuje sprawnym sprzętem do usuwania awarii kanalizacyjnych z możliwością usuwania nieczystości z piwnic – tj. min. 1 pojazdem specjalistycznym typu WUKO. (...)

Zgodnie z postanowieniami rozdziału 15 ust.2 pkt 1 SWZ: „1) wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu może w stosownej sytuacji polegać na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy PZP”. Z kolei w jej punkcie 2 wskazano: „2) wykonawca, który powołuje się na zasoby

innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia – w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby – warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniach, o których mowa w Rozdziale 9 ust. 3 pkt 2) SWZ. Następnie w SWZ w tym rozdziale w ust.2 pkt 3 podano: „3)wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa 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 – załącznik nr 4 do SWZ”.

Dla potwierdzenia warunku z pkt 4 lit. a) było wymagane - oprócz oświadczenia z art. 125 ust.1 ustawy Pzp- złożenie Wykazu usług (zał. nr 6) a warunku z pkt 4 lit. b) – Wykazu osób. Co do sprzętu wymienionego w pkt 4 lit. c) odrębny dokument – poza oświadczeniem z art. 125 ust.1 Pzp – nie był wymagany.

Wykonawca Unifor w załączniku nr 2 do SWZ zawierającym oświadczenia na podstawie art. 125 ust.1 ustawy Pzp podał:

1)w jego w punkcie I. 1.:

Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu”.

2) w jego punkcie II.1.:

„1.Oświadczam, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu, polegam na zasobach następującego/ych podmiotu/ów.

Lp.	Nazwa i adres	Zakres
1.	Firma Handlowo Usługowa KOZERA MK ul. Wapienna 16 C, 43-140 Łędziny	Zdolność zawodowa- doświadczenie zawodowe nabyte przy wcześniejszych zamówieniach, a wymagane załączoną do postępowania Specyfikacją Warunków
	NIP: 6462881334	Zamówienia. W oparciu o umowę o podwykonawstwo podmiot udostępniający zasoby wykona bezpośrednio prace związane ze świadczeniem usług pogotowia awaryjnego we wszystkich lokalizacjach.

(wskazać podmiot i określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu).

2.Oświadczam, że podmiot/y, o których mowa w ust. 1, tj. nie podlega/ją wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia”.

W Zobowiązaniu innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia) załączonym do formularza oferty, jaki i w zmodyfikowanym Zobowiązaniu przedłożonym w odpowiedzi na wezwanie z dnia 6 maja

2025 r. podmiot udostępniający zasoby na rzecz wykonawcy Uniform udostępniane zasoby - Firma Handlowo Usługowa KOZERA M.K. ul. Wapienna 16 C, 43-140 Łędziny (...) odniósł się tak ogólnie jak i szczegółowo w punkcie 2 tylko do zdolności zawodowej – posiadanego doświadczenia do którego to zakresu odniósł także zamówienia referencyjne wymienione w Wykazie usług (zał. nr 6 do SWZ) złożone na dodatkowe wezwanie z dnia 21.05.2025 r., których wykonawcą była ta Firma.

To zobowiązanie zatem nie dotyczyło drugiego elementu warunku związanego z osobami wskazanymi pod lit. b) w rozdziale 15 ust.1 pkt 4. W Wykazie osób (zał. nr 7) złożonym na podstawie wezwania z art. 274 ust.1 Pzp wykonawca Unifor wymienił osoby, którymi dysponuje bezpośrednio wykonawca Unifor zaznaczając w kolumnie czwartej w pozycjach 1, 5, 6, 7 i 8 w kwadracie TAK. Natomiast w odniesieniu do trzech osób dla których wymagane były w opisie warunku (tiret 2) uprawnienia *Grupa 1 Eksploatacja (E)* wymienionych pod pozycją 2, 3 i 4 brak stosownej adnotacji, jednakże w tym przypadku mogła mieć zastosowanie kolumna piąta, która dotyczyła dysponowania przez wykonawcę osobą na podstawie art. 118 ustawy Pzp i która to okoliczność została przyznana na rozprawie przez Odwołującego. Jednakże potwierdzenia spełniania warunku w takim zakresie nie dotyczyło zobowiązanie. Izba w tym przypadku nie podzieliła stanowiska Odwołującego, że ta okoliczność wynikała z faktu podwykonawstwa, albowiem Zamawiający odrębnie wymagał w ramach spornego warunku wykazania także dysponowania osobami o specjalnych uprawnieniach odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi (...).

Izba zwraca uwagę, że zdolność zawodowa zarówno w orzecznictwie jak i doktrynie w kontekście ustawy Pzp jest definiowana jako suma doświadczeń, wiedzy, wykształcenia i kwalifikacji zawodowych wykonawcy oraz jego personelu. Z kolei zdolność techniczna odnosi się do wymagań, które dotyczą potencjału technicznego wykonawcy i zasobów niezbędnych do należytego wykonania zamówienia i obejmuje zarówno posiadanie odpowiedniego sprzętu, jak i kwalifikacji osób wymaganych do realizacji zamówienia.

Ustalenia Izby zatem potwierdzają ustalenia Zamawiającego, że wykonawca Unifor powołując się na zobowiązanie

podmiotu trzeciego nie potwierdził warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej wykonawcy. Tak jak prawidłowo ustalił Zamawiający to zobowiązanie odnosi się bowiem tylko do dysponowania zasobami Firmy Handlowo Usługowej KOZERA M.K. jedynie w zakresie doświadczenia firmy – jej zdolności zawodowej nie uwzględniając dysponowania zasobami tej Firmy w zakresie osób, które zgodnie z dokumentacją postępowania będą realizować część zamówienia wykonywaną przez podwykonawcę.

W kontekście treści tego zobowiązania składanego wraz z ofertą oraz treści oświadczeń złożonych także w ofercie treść oferty nie jest zgodna – na co wskazywał Zamawiający w decyzji - ze Specyfikacją Warunków Zamówienia w zakresie w jakim wykonawca nie potwierdził warunku udziału, o którym mowa w rozdziale 15 ust.1 pkt 4 lit. b).

Zatem jako podstawa odrzucenia tej oferty powinien być - w pierwszej kolejności - wskazany art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, który to przepis nakazuje odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Można także dopatrywać się jako podstawy odrzucenia tej oferty w przesłance z art. 226 ust.1 pkt 5, albowiem w jej treści wskazano na podmiot udostępniający zasoby przedkładając jednocześnie wraz z ofertą zobowiązanie tego podmiotu z ograniczeniem do doświadczenia udostępnianego wykonawcy przez ten podmiot podczas gdy dla realizacji zamówienia, jak wynika z Wykazu osób będzie udostępniany personel i w takim zakresie powinno to wynikać z treści spornego Zobowiązania. Natomiast mając na uwadze doktrynę i orzecznictwo Izba uznała, że wskazany art. 226 ust.1 pkt 3 Pzp jako podstawa prawna odrzucenia tej oferty nie mógł mieć w tej sprawie zastosowania. Ta przesłanka bowiem może odnosić się wyłącznie do niezgodności z ustawą Pzp lub też przepisami aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie. Przykładowo – jak wskazuje doktryna lub orzecznictwo w powołaniu na przepisy ustawy Pzp - oferta będzie uznana za niezgodną z przepisami ustawy Pzp jeżeli: (1) została złożona w języku innym niż polski, (2) złożono więcej niż jedną ofertę (z zastrzeżeniem dotyczącym możliwości złożenia oferty wariantowej), (3) złożono ofertę w postaci papierowej opatrzonej własnoręcznym podpisem, w sytuacji gdy zamawiający nie przewidział wyjątku od wymagania użycia środków komunikacji elektronicznej, (4) złożono ofertę na część zamówienia w sytuacji gdy zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych.

Jednakże podnoszony w odwołaniu zarzut numer 1 nie podlega uwzględnieniu. Izba nie uwzględniając tego zarzutu zwraca uwagę, że Odwołujący kwestionuje nie tylko podstawę prawną odrzucenia jego oferty, ale i uzasadnienie faktyczne tego odrzucenia, podczas gdy okoliczności faktyczne znalazły potwierdzenie w ustaleniach faktycznych Izby. Ponadto wykonawca domagając się ponownego badania i oceny ofert, nie domaga się naprawienia tej przesłanki prawnej, ale żąda unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem uwzględnienia kluczowego zarzutu - Zarzutu nr 1 i uwzględnienia Zarzutu nr 2 - wezwania Odwołującego do poprawienia wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, a zatem uwzględnienia jego argumentacji, co do nieprawidłowych ustaleń faktycznych związanych z odrzuceniem tej oferty.

Izba w tym przypadku zwraca uwagę na normę z art. 552 ust.1 ustawy Pzp w myśl której: *„Wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego”*. Niewątpliwie oferta Odwołującego podlega odrzuceniu, co wynika z ustaleń faktycznych zarówno Zamawiającego jak i KIO. Uwzględnienie odwołania byłoby zatem tylko skutkiem wskazania w decyzji przez Zamawiającego przesłanki z art. 226 ust.1 pkt 3 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy Unifor w miejsce wskazania przesłanki z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b) Pzp przy nie zmienionych – nie wymagających dodatkowych ustaleń - okolicznościach faktycznych. Tym samym Izba uznała, że w tej sprawie ma zastosowanie art. 554 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którym: *„Izba uwzględni odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców(...)*

Z uwagi na powyższe ustalenia także nie podlega uwzględnieniu drugi z zarzutów (zarzut nr 2) naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl tego przepisu: *„1. 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 (...)*. W tym przypadku Zamawiający miałby podstawę do wezwania wykonawcy – w zakresie żądanym w nawiązaniu do informacji zawartej w decyzji z dnia 5.06 2025 r. - do poprawienia Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia, jednakże z uwagi na potwierdzoną przez Izbę podstawę faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego oraz zastosowanie wobec kluczowego zarzutu nr 1 normy z art. 554 ust.1 ustawy Pzp także ten zarzut podlega oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Krajowa Izba Odwoławcza orzekła jak w sentencji wyroku.

.....