

WYROK

z dnia 16 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 16 stycznia 2018 r. odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 stycznia 2018 r. przez

wykonawcę S. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. S. z
siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego PKP Szybka
Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniu nr 6 i 7 postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w zadaniu nr 6 i 7 postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zadaniu nr 6 i 7 postępowania i wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt V

2.1. b) SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej (kwalifikacje osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia) w zadaniu nr 6 i 7 postępowania samodzielnie bądź przez poleganie na zdolnościach innych podmiotów

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni i

2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. S. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. S. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. Zasądza od zamawiającego PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o.

z siedzibą w Gdyni na rzecz wykonawcy S. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. S. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, 2018) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 29/18

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o. z siedzibą w Gdyni - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest sprzedaż podróznym biletów kartkowych

i z elektronicznych kas fiskalnych typu rpos według oferty PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście Sp. z o.o., sprawa numer SKMMS.214.46.17. Postępowanie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 września 2017 r. za numerem 2017/S 185-379004. Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem były usługi, była wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579, zwanej dalej „ustawą pzp”).

W dniu 20 grudnia 2017 r. Zamawiający przekazał wykonawcom biorącym udział w postępowaniu w zakresie zadania 6 i 7 zamówienia informację o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy S. S. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. S. z siedzibą we Wrocławiu. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail).

W dniu 2 stycznia 2018 r. odwołanie wniósł poprzez elektroniczną skrzynkę podawczą (EPUAP) wykonawca S. S. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. S. z siedzibą we Wrocławiu - dalej Odwołujący. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 27 grudnia 2017 r. udzielonego przez S. S., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą KERAM S. S. z siedzibą we Wrocławiu. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w dniu 2 stycznia 2018 r. drogą elektroniczną (via e-mail).

Odwołujący wniósł odwołanie w zakresie zadania 6 i 7 postępowania wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego z postępowania w zakresie zadania nr 6 i 7 postępowania;
- 2) zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnienia dokumentów odpowiednio w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp i art. 26 ust. 4 ustawy pzp;
- 3) wyborze w zakresie wskazanych zadań jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez FHU „DoWo” Dorota Nerc.

Powyższej wskazanym czynnością i zaniechaniom Zamawiającego zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy pzp i art. 26 ust. 4 ustawy pzp oraz w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy pzp oraz w zw. z art. 7 ustawy pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sytuacji gdy wątpliwości co do treści złożonego przez Odwołującego tzw. zobowiązania podmiotu trzeciego winny być wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, względnie Odwołujący winien być wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy pzp, co jednocześnie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 6 i 7 i czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania;

- ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie Odwołującego do wyjaśnienia i/lub uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku

udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że odwołanie zostało złożone w terminie, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp, ponieważ informacja o czynności stanowiącej podstawę wniesienia odwołania tj. informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu z postępowania w zakresie zadania nr 6 i 7 postępowania została mu przekazana w dniu 20 grudnia 2017 r.

Odwołujący wskazał, że posiada interes do wniesienia odwołania oraz może ponieść szkodę na skutek zarzucanych działań i zaniechań Zamawiającego. Mianowicie, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przywołanych wyżej przepisów ustawy pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznaje uszczerbku. Skutkiem zaskarżonej czynności Zamawiającego jest bowiem pozbawienie Odwołującego możliwości realizacji zamówienia w sytuacji gdy Odwołujący złożył w zakresie zadań nr 6 i 7 ofertę sporządzoną w sposób prawidłowy i która będzie stanowiła dla Zamawiającego najkorzystniejszą - w znaczeniu określonym przez ustawę pzp oraz Zamawiającego spośród ofert złożonych w niniejszym postępowaniu, w szczególności jest ofertą z ceną najniższą, a zarazem rynkowo gwarantującą należyte wykonanie przedmiotu zamówienia. Wykluczenie przez Zamawiającego Odwołującego z postępowania wprost godzi w interes Odwołującego polegający na możliwości uzyskania zamówienia oraz powoduje możliwość poniesienia przez Odwołującego szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w

związku z wykonaniem umowy.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny. Mianowicie, pismem z dnia 20 grudnia 2017 r. przesłanym Odwołującemu drogą elektroniczną Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania z zadań nr 1, 6, 7 i 18, oraz o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej dla tych zadań. W uzasadnieniu decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający wskazał, że Wykonawca powołał się na zdolność podmiotu trzeciego KERAM s.c. i w tym zakresie złożył zobowiązanie z dnia 30 listopada 2017 r. Jednakże zobowiązanie to nie zawiera oświadczenia o zobowiązaniu się przez KERAM s.c. do wykonania usługi jako podwykonawca, co więcej zawiera wprost oświadczenie, że podmiot ten nie będzie brał udziału w części zamówienia, bez dookreślenia, w której części. Ponadto, deklaracja oddania osób do dyspozycji Wykonawcy w zasadzie potwierdza, że podmiot KERAM s.c. nie będzie realizował zamówienia. Odwołujący składając ofertę oświadczył w jej punkcie 7, że zamierza powierzyć podwykonawcy wykonywanie m.in. zadań nr 1, 6, 7 i 18, wskazując jednocześnie, że podwykonawcą będzie firma PHU „KERAM” s.c. M. Ś., S. Ś. W załączonym do oferty dokumencie JEDZ Odwołujący oświadczył, że zamierza korzystać z potencjału podmiotów trzecich celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, co znajdowało dodatkowe potwierdzenie w załączonym do oferty Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia (w ostatniej kolumnie tabeli wskazano że wykonawca dysponuje osobami na podstawie „zobowiązania podmiotu”). Odwołujący załączył do oferty także dokument JEDZ dla firmy PHU „KERAM” s.c. M. Ś. S. Ś. oraz tzw. zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia wykonawcy osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Treść oferty Odwołującego jest więc jednoznaczna. Odwołujący przyznał, że w załączonym do oferty zobowiązaniu wskazany podmiot udostępniający wykonawcy swój potencjał wskazał wprawdzie, że „nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia” jednakże biorąc pod uwagę całość okoliczności faktycznych sprawy przyjąć należy, że mamy tu do czynienia z omyłką. Podmiot udostępniający wykonawcy swój potencjał błędnie założył, że nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, nie rozstrzygając przy tym co uznaje za owe „branie udziału w realizacji zamówienia”. Oświadczenie to pozostawało w oczywistej sprzeczności z treścią oferty złożonej przez Odwołującego Istotne pozostaje przy tym to, że oba podmioty Odwołujący i tzw. Podmiot trzeci były reprezentowane przez tą samą osobę p. S. Ś. Podmiot udostępniający Odwołującemu swój zasób znał więc treść oferty Odwołującego i odwrotnie. Odwołujący znając treść tzw. zobowiązania, uznał podmiot trzeci za „podwykonawcę”.

Odwołujący zarzucił, że w tej sytuacji obowiązkiem Zamawiającego było wyjaśnienie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp sprzeczności pomiędzy dokumentami złożonymi przez wykonawcę, w tym wyjaśnienie, czy podmiot trzeci będzie brał udział w realizacji zamówienia, czy będzie podwykonawcą, jak wskazano w ofercie. Jeśli Zamawiający uznałby, że sprzeczności między dokumentami nie można wyjaśnić, obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp i art. 22a ust. 6 ustawy pzp, tj. wezwanie Odwołującego do wykazania, że Odwołujący w sposób faktyczny, realny dysponuje udostępnionym zasobem w postaci osób niezbędnych do realizacji zamówienia. Zastosowanie wskazanych przepisów i wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przed jego wykluczeniem z postępowania stanowi obowiązek Zamawiającego. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1340/17. W świetle powyższego Odwołujący zarzucił także, że w niniejszej

sprawie obowiązek wezwania Odwołującego do uzupełnienia wadliwego dokumentu nie został zrealizowany poprzez wezwanie z dnia 6 grudnia 2017 r. Wezwanie to choć było wezwaniem z art. 26 ust. 3 ustawy pzp to jednak dotyczyło innego dokumentu tzw. wykazu osób, a Zamawiający nie wskazał w jego treści by jakiegokolwiek wątpliwości powstały po jego stronie w związku z przedstawionym przez Wykonawcę zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Skoro Zamawiający we wskazanym wezwaniu nie wskazał na wadliwość tzw. Zobowiązania i nie wezwał Odwołującego do jego wyjaśnienia i/lub uzupełnienia, to Zamawiający nie mógł wykluczyć Odwołującego z postępowania. Powołał się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1583/17. Zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu „zobowiązania”, czy choćby wyjaśnienia jego treści stanowi naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania, w tym wynikającej z art. 7 ustawy pzp zasady równego traktowania wykonawców. Powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 189/17. W świetle powyższego. Odwołujący w niniejszej sprawie, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp oraz w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy pzp mógłby przedstawić Zamawiającemu nowe zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazujące na jego udział w realizacji zamówienia, jak i przedstawić zobowiązanie „nowego” podmiotu trzeciego, na zasoby którego Wykonawca mógłby się powołać celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Możliwości jakie stały przed Wykonawcą było więc co najmniej kilka i Zamawiający nie mógł pozbawić ich Odwołującego, zastępując wezwanie Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp, dokonaną przez siebie interpretacją dokumentów złożonych przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że takie działanie jest działaniem bezprawnym. Zamawiający w ostatnim zdaniu uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego wskazuje, że „Ponadto, deklaracja oddania osób do dyspozycji Wykonawcy w zasadzie potwierdza, że podmiot KIERAM s.c. nie będzie realizował zamówienia. Zamawiający, jak Odwołujący założył, ma tu na myśli oświadczenia osób, które mają być skierowane do wykonania zamówienia, z których wynika, że są one gotowe podjąć pracę na stanowisku kasjer biletowy w razie podpisania umowy o zamówienie przez Odwołującego. Oświadczenia te potwierdzają, że Wykonawca dysponuje w sposób realny osobami wskazanymi w ofercie, natomiast nie odnoszą się one do realizacji zamówienia między Odwołującym a podmiotem trzecim. Trudno więc w ocenie Odwołującego przyjąć by ich treść miała być przesądzająca dla uznania, czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Nadto, Odwołujący zarzuca, że przepis art. 22a ust. 4 ustawy pzp, wskazujący na konieczność wykonywania usług przez podmioty trzecie, które udostępniają wykonawcy swoje zasoby ma zagwarantować realność udostępnianych zasobów. Udział podmiotów trzecich w realizacji zamówienia nie jest więc celem samym w sobie, ma służyć zagwarantowaniu należytego wykonania zamówienia przez wykonawcę, który zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia nie posiada. W niniejszej sprawie, Zamawiający skupił się tylko na formalnej ocenie oferty Odwołującego, przy czym czynności badania oferty Odwołującego zostały przeprowadzone w taki sposób by uniemożliwić Odwołującemu uzyskanie zamówienia - Zamawiający wzywając do uzupełnienia oferty nie wskazał na okoliczności, które kolejno legły u podstaw decyzji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania.

W dniu 3 stycznia 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię. Informacja została przekazana drogą elektroniczną (via e-mail).

Dnia 16 stycznia 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie i wnioś o:

1. oddalenie odwołania w całości,
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów związanych z dojazdem na rozprawę oraz wynagrodzeniem pełnomocnika - zgodnie z załączonymi dokumentami (faktura za zastępstwo procesowe, faktury za bilety kolejowe, bilety kolejowe).

Ponadto wnioś o przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania przetargowego (w tym SIWZ oraz oferty Odwołującego i załączników do niej), której kopia została przesłana do akt niniejszego postępowania.

W ocenie Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i winno zostać oddalone w całości. Zdaniem Zamawiającego zarzuty Odwołującego należy uznać za bezzasadne. Zgodnie z art. 22 ust. 1 i art. 22d ust. 1 ustawy pzp Zamawiający w pkt V Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia przedmiotowego postępowania (zwanej dalej „SIWZ”) zastrzegł, że o udzielenie zamówienia (w zakresie poszczególnych części) mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu - dotyczące m.in. „zdolności technicznej lub zawodowej” dotyczące dysponowania przez

Wykonawcę osobami posiadającymi odpowiednie kwalifikacje - uprawnienia do sprzedaży biletów, określone bliżej w SIWZ. Zgodnie z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy pzp oraz pkt VI. 6 SIWZ - Wykonawca miał prawo do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegając na „zdolnościach technicznych lub zawodowych” innych podmiotów. W takiej sytuacji Wykonawca musiał udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów w omawianym zakresie. Zgodnie z art. 22a ust. 4 ustawy pzp w zw. § 9 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dn. 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (zwanego dalej „Rozporządzeniem”) Zamawiający w pkt VI. 6 SIWZ zastrzegł że wymaga, aby ww. zobowiązanie określało m.in. zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego oraz to, czy podmiot, na którego zdolnościach wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą (zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy pzp). Odwołujący w omawianym postępowaniu, w objętym odwołaniem zakresie zaskarżonych części (zadań nr 6 i 7) nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie „zdolności technicznej lub zawodowej” określonych w SIWZ. Odwołujący w zakresie m.in. zadań nr 6 i 7 powołał się na poleganie na zdolnościach innego podmiotu i w złożonym Wykazie osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego jako podstawę do dysponowania osobami wskazał na zobowiązanie tego podmiotu — przedkładając dokument z dn. 30 listopada 2017 r. wystawiony przez PUH „KERAM” Sp. Cywilna M. Ś, S. Ś zatytułowany „zobowiązanie podmiotu”. W dokumencie tym jego wystawca zobowiązał się do oddania do dyspozycji Odwołującego osób zdolnych do wykonania zamówienia, posiadających wymagane w SIWZ kwalifikacje, oświadczając jednocześnie, że nie będzie brać udziału w realizacji zamówienia - co zostało przyznane wprost przez Odwołującego (str. 3 ostatni akapit Odwołania). Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem, że oświadczenie to miało być kwalifikowane jako „omylka”, a obowiązkiem Zamawiającego miało być wezwanie Odwołującego do „uzupełnienia dokumentów” bądź złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy pzp. Przede wszystkim oświadczenie zawarte w treści zobowiązania podmiotu PUH KERAM S.C. jest jednoznaczne i nie kwalifikuje się do uzupełnienia lub poprawienia. Odwołujący dołączył do oferty zobowiązanie podmiotu, na którego zdolnościach miał polegać - nie było tu więc mowy o braku dokumentu i konieczności wezwania do jego uzupełniającego złożenia. Istotą bowiem jest treść tego dokumentu, która wobec swojej jednoznaczności nie podlega uzupełnieniu ani wyjaśnieniom. Jak jednolicie wskazuje się w doktrynie „zobowiązanie, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy pzp, jest oświadczeniem woli podmiotu trzeciego. Okoliczności złożenia takiego oświadczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego każą uwzględnić natomiast fakt, iż to wyłącznie od woli podmiotu trzeciego zależy zakres możliwego i deklarowanego wsparcia określonego wykonawcy na etapie realizacji zamówienia, stąd też zobowiązanie podmiotu trzeciego nie może być interpretowane w sposób rozszerzający. Nie może być również zastępowane w jakimkolwiek zakresie przez oświadczenia składane przez wykonawcę. (...) Wprowadzenie regulacji przewidującej możliwość żądania dokumentów dotyczących okoliczności określonych w § 9 ust. 1 Rozporządzenia ma bowiem na celu wyposażenie zamawiających w instrument prawny pozwalający na rzeczową weryfikację (...). Zatem właściwym i obiektywnym dowodem dla wykazania powyższych okoliczności nie może być oświadczenie samego wykonawcy, a także nie jest dopuszczalne zastępowanie nim jakiegokolwiek elementu zobowiązania podmiotu trzeciego.” (tak M. Jaworska w: Prawo zamówień publicznych, red. Marzena Jaworska, Dorota Grześkowiak-Stojek Julia Jarnicka, Agnieszka Matusiak, wyd. 3, 2017, C.H. Beck). Nie może być więc mowy o konieczności wyjaśniania jakichkolwiek ewentualnych sprzeczności czy niezgodności pomiędzy oświadczeniami wykonawcy a oświadczeniami podmiotu, na którego zdolnościach wykonawca ma polegać. Oświadczenia składane są przez różne podmioty. Jeżeli podmiot trzeci oświadcza, że nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia — to nie ma czego w tym zakresie wyjaśniać ani uzupełniać. Treść oświadczenia jest jasna, Odwołujący w zarzucie odwołania wskazuje, że wątpliwości co do treści oświadczenia zawartego w „zobowiązaniu” powinny być przez Zamawiającego wyjaśnione lub uzupełnione. Istota jednak w tym, że zdaniem Zamawiającego oświadczenie to jest jasne i jednoznaczne w związku z czym nie generuje żadnych wątpliwości, które miałyby być wyjaśniane lub uzupełniane. W odwołaniu przywołane zostało orzecznictwo KIO, które jednak odnosi się do zupełnie innych stanów faktycznych — mianowicie wad formalnych dokumentów (braków), a nie wad materialnych (merytorycznych) w przypadku, gdy treść dokumentu jest jasna. Wbrew twierdzeniom Odwołującego dokument ten nie jest „wadliwy” brak jest bowiem błędów i konieczności poprawienia lub uzupełnienia. Dokument ten jest bowiem formalnie prawidłowy, natomiast jego treść nie stanowi dowodu na okoliczności, które Odwołujący obowiązany był Zamawiającemu udowodnić. Są to jednak dwa diametralnie różne od siebie aspekty. W tym zakresie odesłać należałoby do bogatego orzecznictwa KIO, ale dotyczącego spoczywającego na wykonawcy obowiązku udowodnienia braku rażąco niskiej ceny złożonej przez siebie oferty. Nie znajduje tu także zastosowania w ocenie Zamawiającego art. 22a ust. 6 ustawy pzp, w szczególności z tego względu, że nie zostały spełnione jego przesłanki, albowiem zdolności techniczne i zawodowe podmiotu wystawiającego zobowiązanie potwierdzałyby spełnianie przez

wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, gdyż osoby objęte zobowiązaniem posiadały wymagane kwalifikacje, jak też wobec tego podmiotu nie zachodziły podstawy wykluczenia. Nie został natomiast spełniony przez Odwołującego wymóg określony w art. 22a ust. 2 i 4 ustawy pzp. Odwołujący zgodnie z ww. art. 22a ust. 2 i 4 ustawy pzp miał obowiązek udowodnić Zamawiającemu poprzez treść złożonych dokumentów, że podmiot, na którego zdolnościach polega zrealizuje usługi, których zobowiązanie dotyczy. Wbrew warunkom zastrzeżonym przez Zamawiającego w SIWZ, zgodnie z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy pzp oraz § 9 Rozporządzenia - podmiot „udostępniający” zdolności nie oświadczył, że zrealizuje usługi, co więcej wprost oświadczył, jak już wyżej wskazano, że nie będzie brać udziału w realizacji zamówienia. Ponadto w wystawionym piśmie podmiot ten zobowiązał się do oddania do dyspozycji Odwołującego osób zdolnych do wykonania zamówienia, co również potwierdza, że podmiot ten nie będzie realizował zamówienia, a będzie je realizował Odwołujący w oparciu o udostępnione zasoby. Potwierdza to także złożony przez Odwołującego Wykaz, gdzie w zakresie zadań nr 1, 6, 7 i 18 jako podstawę dysponowania osobami przez Odwołującego powołał się on na zobowiązanie podmiotu KERAM S.C. do oddania tych osób do dyspozycji Wykonawcy. W zakresie tych właśnie zadań Odwołujący został wykluczony z postępowania. Odwołujący wymaga, aby Zamawiający miał doradzać mu i sugerować, że przedstawione przez niego dowody nie są wystarczające i nie dowodzą okoliczności, które zgodnie z przepisami ustawy pzp ma on obowiązek udowodnić. To właśnie takie działanie Zamawiającego, jakie postuluje Odwołujący — byłoby uznane za rażąco naruszające zasady równego traktowania wykonawców. Według koncepcji forsowanej przez Odwołującego, Zamawiający naruszył przepisy ustawy pzp gdyż przed rozstrzygnięciem postępowania nie uczulił i nie przypomniał Odwołującemu (profesjonalistom, przedsiębiorcy ubiegającemu się o udzielenie wartościowego zamówienia publicznego) o tym, że zgodnie z art. 22a ust. 2 i 4 ustawy pzp oraz zapisami SIWZ - może on polegać na zdolnościach innego podmiotu tylko wówczas, jeżeli podmiot ten zrealizuje usługi objęte zamówieniem i Odwołujący musi tę okoliczność Zamawiającemu udowodnić. W ocenie Zamawiającego taka nieuzasadniona „pomoc” wykonawcy w postępowaniu stanowiłaby w sposób oczywisty naruszenie zasad równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu. W przedmiotowym postępowaniu to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu, którego nie podźwignął. Zamawiający nie tylko nie ma obowiązku, ale nie ma prawa zastępować wykonawcy w zakresie inicjatywy dowodowej przewidzianej przepisami ustawy pzp. Odwołujący w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych — chcąc polegać na zdolnościach innego podmiotu obowiązany był udowodnić Zamawiającemu, że podmiot ten zrealizuje usługi objęte zobowiązaniem. Obowiązkiem temu Odwołujący nie podołał i nie sprostował, a w szczególności treść złożonego z ofertą „zobowiązania” podmiotu trzeciego nie tylko omawianej okoliczności nie potwierdza i nie dowodzi, lecz wprost ją wyklucza. Zamawiający nie miał więc innej możliwości jak dokonanie negatywnej oceny w zakresie dowodów złożonych przez Odwołującego, a w konsekwencji jego wykluczenie. Działanie takie było prawidłowe, zasadne i wynikające z zaniedbań i zaniechań ze strony Odwołującego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, zmian ogłoszenia, SIWZ wraz z załącznikami, wyjaśnień treści SIWZ i modyfikacji treści SIWZ, informacji z otwarcia ofert, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 6 i 13 grudnia 2017 r. oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwania.

Na podstawie tych dokumentów oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Mianowicie, Izba ustaliła, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego otwarcie ofert odbyło się dnia 30 listopada 2017 r., a w postępowaniu w zadaniu nr 6 i 7 oferty złożyło dwóch wykonawców: wykonawca FHU „DoWo” Dorota Nerc, cena ofertowa brutto w zadaniu nr 6 wynosiła: 205 578,97 zł, w zadaniu nr 7: 134 444,41 zł oraz Odwołujący, cena ofertowa brutto w zadaniu nr 6 wynosiła: 188 668,43 zł, w zadaniu nr 7: 120 865,53 zł. Każdy z wykonawców zaoferował dodatkowych kasjerów oraz wskazał na brak znajomości języka angielskiego. Zgodnie z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 6 i 7 został wybrany wykonawca FHU „DoWo” Dorota Nerc. Odwołujący został wykluczony z postępowania w zakresie m.in. zadania nr 6 i 7. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał: „Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że w Zadaniu nr 1, 6, 7 i 18 wykluczył Wykonawcę KERAM” S. Ś. Wykonawca powołał się na zdolność podmiotu KERAM s.c. i w tym zakresie złożył zobowiązanie z dn. 30.11.2017 r. Jednakże zobowiązanie to, nie zawiera oświadczenia o zobowiązaniu się przez KERAM s.c. do wykonania usługi jako podwykonawca, co więcej zawiera wprost oświadczenie, że podmiot ten nie będzie brać udziału w części zamówienia, bez dookreślenia, w której części. Ponadto, deklaracja oddania osób do dyspozycji Wykonawcy w zasadzie potwierdza, że podmiot KERAM s.c. nie będzie realizował zamówienia. Podstawa prawna: art. 24 ust. 1 pkt

12) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych - w przedmiocie wykluczenia."

Zgodnie z pkt IV termin wykonania przedmiotu zamówienia: 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy (zawarcie umowy nie wcześniej niż 1 stycznia 2018 r.).

Zgodnie z pkt V 2.1 b) SIWZ: „W niniejszym postępowaniu Zamawiający żąda od wykonawcy środków dowodowych w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: spełnianie warunków udziału w postępowaniu: zdolności technicznej lub zawodowej (kwalifikacje osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia) - dysponowanie przez Wykonawcę osobami posiadającymi odpowiednie uprawnienia do sprzedaży biletów według oferty PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. w liczbie określonej w punkcie 2.1. Osoby te muszą posiadać uprawnienia zarówno do obsługi kas rPOS jak i do sprzedaży biletów kartkowych. Wykonawca składający ofertę na więcej niż jedno zadanie musi wykazać, że dysponuje liczbą osób posiadających odpowiednie uprawnienia w liczbie nie mniejszej niż suma osób w zdaniach na które składa ofertę a wskazanych w pkt 2.1. Zamawiający wymaga, aby osoby, o których mowa wyżej, były zatrudnione na podstawie umowy o pracę."

W myśl pkt VI 1 c) SIWZ: „W celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający wymaga następujących oświadczeń i dokumentów: Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych oraz informacji o podstawie do dysponowania tymi osobami - zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ".

Zgodnie z pkt VI 5-9 SIWZ: „5. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów. 6. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. W celu dokonania oceny, czy Wykonawca polegając na zdolnościach technicznych lub sytuacji finansowej innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący Wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, Zamawiający wymaga, aby zobowiązanie o którym mowa powyżej lub inny równoważny dokument określał w szczególności: 1) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu; 2) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 3) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego; 4) czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje usługi, których wskazane zdolności dotyczą; 7. Zamawiający żąda od Wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w rozdziale VI ust. 2 lit. a) - e). 8. Zamawiający żąda od Wykonawcy przedstawienia dokumentów wymienionych w rozdziale VI ust. 2 lit. a) - e), dotyczących Podwykonawcy, któremu zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia, a który nie jest podmiotem, na którego zdolnościach technicznych lub sytuacji finansowej wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ustawy. 9. Na żądanie Zamawiającego, Wykonawca, który zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia Podwykonawcom, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia z udziału w postępowaniu składa jednolite dokumenty dotyczące Podwykonawców oraz dalszych Podwykonawców."

W myśl pkt XIII SIWZ: „OPIS KRYTERIÓW WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW I SPOSOBU OCENY OFERT. 1. Zamawiający przy wyborze Wykonawcy posługiwał się będzie następującymi kryteriami: 1) Cena wykonania zamówienia- waga 94%, maks. ilość punktów 94, 2) Liczba kasjerów ponad liczbę wymaganą przez Zamawiającego - waga 3%, maks. ilość punktów 3, 3) Znajomość języka obcego przez kasjerów - waga 3%,

maks. Ilość punktów 3."

W pkt 7) formularza ofertowego Odwołujący wskazał, że m.in. zadania nr 6 i 7 zamierza zlecić podwykonawcy: PHU „KERAM” M. Ś, S. Ś, ul. Wystawowa 1/104, 51-618 Wrocław. Do oferty został dołączony JEDZ podwykonawcy oraz zobowiązanie do udostępnienia zasobów. Ponadto w dokumencie JEDZ Wykonawcy wskazano, że zamierza on polegać na zasobach podmiotów trzecich, a także zlecić część zamówienia podwykonawcy. Ze zobowiązania, które zostało podpisane przez S. Ś. wynika: „PHU „KERAM” s.c. M.Ś, S.Ś z siedzibą we Wrocławiu, 51-618 Wrocław, ul. Wystawowa 1/104 zobowiązujemy się do oddania do dyspozycji Wykonawcy KERAM S. Ś. , 51-618 Wrocław, ul. Wystawowa 1 niezbędnych zasobów, w zakresie odpowiedniego potencjału — osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj.: osób zdolnych do wykonania zamówienia, posiadających uprawnienia i kwalifikacje kasjera biletowego, zdane egzaminy ze znajomości przepisów prawa przewozowego, przepisów i taryf w zakresie przewozu osób i rzeczy, zgodnie z wymogami obowiązującymi kasjerów biletowych świadczących sprzedaż biletów według oferty PKP Szybka Kolej Miejska w Trójmieście sp. z o.o. które w wyznaczonych w pkt 14 Rozdziału XVII SIWZ dniach i godzinach zapewnią należyte wykonanie usługi w okresie od 01.01.2018 do 31.12.2018 w ilości zapewniającej należyte wykonanie w postępowaniu na Sprzedaż podróży biletów kartkowych i z elektronicznych kas fiskalnych typu rPOS (znak SKMMS.214.46.17) w zakresie zadań 1, 6, 7, 8, 14, 16, 18, 23, na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Jednocześnie oświadczamy, że nie będziemy brać udziału w realizacji części zamówienia.”

W wykazie osób skierowanych do realizacji zamówienia dołączonym do oferty Wykonawca wskazał podstawę dysponowania: zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz liczbę osób w każdym zadaniu.

W dniu 6 grudnia 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do złożenia ponownie prawidłowego wykazu osób, zgodnie ze wzorem w SIWZ - podania imion i nazwisk osób z wykazu oraz załączenia dokumentów potwierdzających posiadane przez te osoby uprawnienia. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 ustawy pzp prosił również o wyjaśnienie rozbieżności cen w poszczególnych zadaniach. W wezwaniu nie wskazano w odniesieniu do których zadań Zamawiający wzywa o prawidłowy wykaz osób. Kwestia nieprawidłowego zobowiązania nie została w wezwaniu poruszona.

Dnia 8 grudnia 2017 r. Wykonawca złożył wyjaśnienia, wykaz osób z podaniem imion i nazwisk, a także zmieniając podstawę dysponowania w niektórych zadaniach na umowę o pracę, przy czym w zadaniu nr 6 i 7 pozostawiono - „na podstawie zobowiązania innego podmiotu” oraz załączył dokumenty potwierdzające uprawnienia osób z wykazu. Ponadto złożył oświadczenia osób o posiadanych kwalifikacjach oraz o gotowości do podpisania umów z dniem 1 stycznia 2018 r. w przypadku wygrania przez Odwołującego postępowania w zadaniach m.in. 6 i 7 zamówienia.

W dniu 13 grudnia 2017 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, a wskazanych w SIWZ w odniesieniu do zadania 16 zamówienia. Dnia 15 grudnia 2017 r, Wykonawca złożył powyższe dokumenty.

Izba ustaliła następujący stan prawny:

art. 22a ustawy pzp - 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. 2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania

warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego

podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5. 4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 5. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów,

odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy. 6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy pzp - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku

podstaw wykluczenia.

art. 26 ust. 3 ustawy pzp - Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielania wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

art. 26 ust. 4 ustawy pzp - Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w terminie 3 dni od otrzymania kopii odwołania żaden Wykonawca nie zgłosił przystąpienia w trybie art. 185 ust. 2 ustawy pzp do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia, jak również możliwość poniesienia szkody, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący złożył ofertę w zakresie zadania nr 6 i 7 zamówienia, która zgodnie z informacją z otwarcia ofert potencjalnie będzie stanowiła ofertę najkorzystniejszą w przypadku uwzględnienia odwołania. Wykluczenie Odwołującego z postępowania w zadaniu nr 6 i 7 pozbawia go możliwości realizacji zamówienia i powoduje powstanie szkody w postaci utraty zysku, jaki Odwołujący zamierzał uzyskać w związku z wykonaniem umowy.

Izba dokonawszy oceny podniesionego w odwołaniu zarzutu, biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska Stron postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie opierało się właściwie na jednym zarzucie opartym na kilku podstawach

prawnych, a mianowicie naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp w zw. z art. 26 ust. 3

ustawy pzp i art. 26 ust. 4 ustawy pzp oraz w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy pzp oraz w zw. z

art. 7 ustawy pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w sytuacji gdy wątpliwości co do treści złożonego przez Odwołującego tzw. zobowiązania podmiotu trzeciego winny być wyjaśnione w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, względnie Odwołujący winien być wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy pzp, co jednocześnie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawcy do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, uzupełnienia lub poprawienia dokumentów i oświadczeń złożonych fizycznie, lecz nieodpowiadających wymaganiom określonym przez zamawiającego zarówno co do treści, jak i formy, udzielenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, co do których zamawiający powziął wątpliwości. Szeroko zdefiniowany obowiązek wzywania wykonawców do uzupełniania dokumentów i oświadczeń wymaga ustalenia, kiedy zamawiający jest z tego obowiązku zwolniony. Z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione. Będzie to miało miejsce w szczególności w sytuacjach, gdy postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy lub wystąpiła taka zmiana okoliczności, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 6, a także gdy wszystkie oferty będą ulegały odrzuceniu z powodów, o których mowa w art. 89 ust. 1. Taką przesłanką będzie również zbyt wysoka cena oferty najkorzystniejszej lub najtańszej, ale tylko w sytuacjach, gdy bez formalnego zakończenia oceny ofert da się z całą pewnością ustalić, że zamawiający nie może zwiększyć kwoty, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Taka sytuacja możliwa jest więc wyłącznie wtedy, gdy została złożona jedna oferta niepodlegająca odrzuceniu albo gdy cena najtańszej oferty przekracza możliwości finansowe zamawiającego. Zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta podlegałaby odrzuceniu. W sytuacji gdy zachodzą przesłanki odrzucenia oferty wymienione w art. 89 ust. 1, które znajdują zastosowanie bez względu na prawidłowość złożonych przez wykonawcę dokumentów (np. niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, błąd w obliczeniu ceny itd.), nie jest celowe dokonywanie czynności uzupełniania dokumentów - nie ma ona wpływu na ocenę oferty (tak też: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, 2018). Co istotne wezwanie do uzupełnienia dokumentów nie jest prawem zamawiającego, tylko jego obowiązkiem, którego nie może pominąć. Obowiązek określony w ustawie pzp nie jest uzależniony od przewidywań co do tego, w jaki sposób wykonawca zareaguje na wezwanie do uzupełnienia dokumentów oraz czy i jakie dokumenty uzupełni. Zamawiający, przygotowując treść wezwania, powinien pamiętać, iż wykonawca będzie działał zgodnie z wezwaniem, jakie otrzyma, dlatego też należy je sformułować w sposób precyzyjny poprzez wskazanie, o jakie dokumenty konkretnie chodzi (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2016 r., sygn. akt KIO 526/16 oraz z dnia 27 listopada 2013 r., sygn. akt KIO 2628/13). Do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania dochodzi, gdy zamawiający, bez uprzedniego wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań i brak podstaw wykluczenia, dokona czynności wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 549/17).

Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. Wykonawca ma prawo do zmiany formy wsparcia, jeżeli Zamawiający uzna, iż potencjał podmiotu trzeciego nie potwierdza spełnienia warunku. Powyższe oznacza zatem, że nawet stwierdzenie przez Zamawiającego, że udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego miało wyłącznie na celu formalne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie realne wsparcie, nie może kończyć oceny kwalifikacji wykonawcy, który może powołać się na własne zdolności techniczne lub zawodowe lub doświadczenie innego podmiotu (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lutego 2017 r., sygn. akt 189/17). Przepis ten ma na celu implementację art. 63 dyrektywy 2014/24/UE, przy czym nie stanowi on odrębnej od określonej w art. 26 ust. 3 ustawy pzp podstawy do wezwania o uzupełnienie dokumentów, a daje wykonawcy możliwość zmiany podmiotu trzeciego w trakcie zastosowania procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy pzp (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 października 2017 r., sygn. akt 2073/17 oraz z dnia 11

kwietnia 2017 r., sygn. akt KIO 583/17). Na zamawiającym ciąży zatem obowiązek sprawdzenia czy przedstawione przez wykonawcę zasoby podmiotu trzeciego (lub kilku z tych podmiotów) łącznie z zasobami własnymi są wystarczające do spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wynik oceny jest negatywny, na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania wykonawcy do usunięcia takiego stanu. Ze względu na obligatoryjny charakter czynności zamawiającego żądanie takie powinno poprzedzać ewentualne wykluczenie z udziału w postępowaniu. Wykonawca może w takim przypadku w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wedle własnego wyboru: wskazać inny podmiot lub inne podmioty, które udostępniają niezbędny potencjał; wykazać spełnienie przez siebie warunków udziału w postępowaniu - bez udziału zasobów podmiotów trzecich (tak też: Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII, 2018).

W niniejszym postępowaniu Zamawiający wykluczył Wykonawcę w zakresie zadania nr 6 i 7 nie poprzedzając tej czynności wezwaniem Odwołującego do uzupełnienia dokumentów stanowiących podstawę wykluczenia. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, że ze zobowiązania podmiotu trzeciego nie wynika zobowiązanie do wykonania usługi jako podwykonawca, co więcej zawiera ono wprost oświadczenie, że podmiot ten nie będzie brać udziału w części zamówienia, bez dookreślenia, w której części, co potwierdza że podmiot KERAM s.c. nie będzie realizował zamówienia. Jako podstawę wskazał art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy pzp, a więc niespełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. O przyczynach wykluczenia, jak wynika z dokumentacji postępowania Wykonawca dowiedział się po raz pierwszy z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Takie działanie Zamawiającego należy uznać za niedopuszczalne w świetle przepisów ustawy pzp. Prawidłowe wykluczenie z postępowania musi być bowiem poprzedzone co najmniej jednym, prawidłowym wezwaniem do uzupełnienia braków skierowanym w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Z oferty Odwołującego wynika oczywista sprzeczność podanych informacji w zakresie polegania na zasobach podmiotu trzeciego, która w ocenie Izby powinna wzbudzić wątpliwości Zamawiającego skutkujące wystosowaniem do Wykonawcy konkretnego i jednoznacznego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp. W ocenie Izby w świetle treści złożonej oferty nie sposób uznać, że oświadczenie podmiotu trzeciego jest jednoznaczne. Mianowicie, Wykonawca wskazał w formularzu ofertowym, iż zleci część usługi, w tym zadanie nr 6 i 7 podwykonawcy: PHU „KERAM” s.c. M.Ś., S.Ś.. Jednocześnie Odwołujący złożył zobowiązanie tegoż podmiotu do udostępnienia zasobów - osób skierowanych do realizacji zamówienia w tych zadaniach, w których podał, że udostępni te zasoby ale nie będą one brały udziału w realizacji części zamówienia. Wywieść z powyższego należy, że Zamawiający na etapie badania Wykonawcy nie mógł mieć pewności co do skuteczności złożonego zobowiązania, mianowicie co do informacji w jakiej części podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, tym samym czy Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu na podstawie złożonych dokumentów. Zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy pzp Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane (art. 22a ust. 4 ustawy pzp). Odnosząc powyższe do sytuacji zaistniałej w niniejszym postępowaniu, Wykonawca nie może zatem polegać na zasobach innych podmiotów jeśli nie zrealizują one zamówienia (usługi). Zamawiający ze zobowiązania Wykonawcy wywodził, że podmiot udostępniający mu zasoby nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia, dlatego też wykluczył Wykonawcę z postępowania za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. Ze stanowiska Zamawiającego prezentowanego na rozprawie, a także przedstawionego w odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający sam sobie zaprzecza uzasadniając podjęte czynności w postępowaniu. Z jednej strony Zamawiający twierdzi, że podmiot trzeci spełniał warunki udziału w postępowaniu a jedynie nie oświadczył, że będzie brał udział w realizacji zamówienia, a więc Wykonawca nie udowodnił realności udostępnionych zasobów. Z drugiej strony wyklucza Wykonawcę automatycznie z postępowania mając na względzie powyższe okoliczności właśnie za niespełnienie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby Zamawiający poczynił błędną interpretację wskazanych wyżej przepisów ustawy pzp. Jeśli bowiem podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się Wykonawca nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia to Wykonawca nie może powoływać się na te zasoby celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2016 r., sygn. akt KIO 1756/16: „Udowodnienie polegania na zasobach innych podmiotów w przedmiocie m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, należy do zakresu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu przez dysponowanie udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, co stanowi istotę polegania na zasobach innych podmiotów wynikającego z regulacji ustawowej. W drodze wykładni celowościowej przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p.

dotyczącego wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p., zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert - przyjmuje się również uzupełnianie oświadczeń lub dokumentów stanowiących zobowiązania innych podmiotów na tej podstawie prawnej." Ponadto, przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie zawiera zamkniętego katalogu dokumentów, które podlegają uzupełnieniu na wezwanie Zamawiającego na co wskazuje sformułowanie „lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania." A zatem jeśli z załączonych przez Wykonawcę do oferty dokumentów nie wynikało, że spełnia warunki udziału w postępowaniu to winien zostać wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy pzp do ich uzupełnienia, ze wskazaniem którego zadania dotyczy wezwanie, a także powodów dla których Zamawiający uznał, że Wykonawca warunków nie spełnia. Zastosowanie wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy pzp jest bezwzględny obowiązek Zamawiającego, którego Zamawiający nie może pomijać w czynnościach podejmowanych w postępowaniu. Izba zaznacza, że również złożenie dokumentu wskazującego na niespełnianie warunków udziału postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, w tym przypadku zobowiązania podmiotu trzeciego będącego w sprzeczności z pozostałą treścią oferty, stanowi wypełnienie normy zawartej w art. 26 ust. 3 ustawy. Zamawiający nie mógł założyć, że Wykonawca nie będzie w stanie spełnić warunku samodzielnie czy poprzez udostępnienie zasobów przez inny podmiot niż wskazany w ofercie. W ten sposób w istocie mamy do czynienia z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, gdyż wykonawca składając ofertę w niniejszym postępowaniu, który w ogóle nie złożyłby dokumentów potwierdzających spełnienie warunków zostałby przez Zamawiającego wezwany do ich złożenia, a więc zostałby potraktowany w sposób uprzywilejowany względem wykonawcy, który dokumenty złożył ale budzą one wątpliwości. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wykazu osób w sposób zgodny z SIWZ, a mianowicie podania imion i nazwisk osób z wykazu oraz załączenia dokumentów potwierdzających posiadane przez te osoby uprawnienia, nie wskazując jakiego zadania dotyczy wezwanie. Pismo to miało na celu usunięcie całkiem innych nieprawidłowości niż te, które stały się następnie podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania. Wezwanie to nie może być zatem potraktowane jako wyczerpujące procedurę objętą dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Zamawiający jest zobligowany w sposób jednoznaczny, klarowny i konkretny formułować treść wezwania, wskazując dokładnie jakie okoliczności czy dokumenty Zamawiający uznał za nieprawidłowe, czy niepotwierdzające warunków udziału w postępowaniu, a przede wszystkim wskazywać, którego zadania w postępowaniu dotyczą. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp z jednej strony statuuje po stronie Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w sytuacji, gdy złożone dokumenty są wadliwe, z drugiej zaś strony kształtuje po stronie wykonawcy uprawnienie do umożliwienia mu takiego uzupełnienia. Aby to uprawnienie zostało prawidłowo zrealizowane, zamawiający musi zakomunikować wykonawcy, jak ocenił złożone dokumenty, jakie błędy w nich dostrzegł i w jakim zakresie konieczna jest ich poprawa lub uzupełnienie (tak też w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 lipca 2017 r., sygn. akt KIO 1340/17).

Izba wskazuje, że na wezwanie Wykonawca mógłby przedstawić dokumenty potwierdzające, że spełnił warunek samodzielnie bądź zastąpić podmiot wskazany w ofercie innym w myśl art. 22a ust. 6 ustawy pzp. Zgodnie z oświadczeniem pełnomocnika Odwołującego złożonym na rozprawie, a także wynikającym ze złożonego odwołania Wykonawca w istocie pomylił się, a zdanie, że podmiot trzeci nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia znalazło się w zobowiązaniu omyłkowo. Jak wynika z dokumentacji postępowania Wykonawca, który złożył ofertę oraz podmiot trzeci składający zobowiązanie są reprezentowani przez tą samą osobę. Można zatem domniemać, że na wezwanie Zamawiającego Wykonawca złożyłby prawidłowe zobowiązanie podmiotu wskazanego w formularzu ofertowym jako podwykonawca i jako takie Zamawiający powinien byłby je uznać, jeśli w świetle pozostałych wymaganych dokumentów Wykonawca spełniłby warunki udziału w postępowaniu.

Izba zaznacza, że nie nakazała skierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, bowiem ewentualna odpowiedź zostałaby udzielona przez samego Wykonawcę, a nie podmiot trzeci. To podmiot udostępniający musi oświadczyć, iż udostępni Wykonawcy zasoby i będzie w sposób realny brał udział w realizacji zamówienia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: