

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:	
Przewodniczący:	Daniel Konicz
Protokolant:	Zuzanna Idzikowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego

do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2018 r. przez Odwołującego - A. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ŁGW Rembud A. G. z siedzibą w Łodzi, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Żnin, przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego -

wykonawcy ECO-POL sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- 1.1. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 1.2. unieważnienie czynności wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia załącznika nr 3 do SIWZ - „Zobowiązania do udostępnienia zasobów przez inne podmioty;
- 1.3. ponowne badanie oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500,00 zł (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę w łącznej wysokości 9.960,00 zł (słownie: dziewięć tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

Gmina Żnin (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Demontaż, transport i unieszkodliwianie wyrobów zawierających azbest z obiektów budowlanych zniszczonych lub uszkodzonych przez nawałnice w sierpniu 2017 roku na terenie Gminy Żnin”, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 stycznia 2018 r., pod nr 509405-N-2018.

22 marca 2018 r. Zamawiający poinformował wykonawcę A. G. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą ŁGW Rembud A. G. z siedzibą w Łodzi o odrzuceniu jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

27 marca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) wpłynęło odwołanie ww. wykonawcy (dalej „Odwołujący”), w którym zaskarżono wspomnianą czynność, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust.1 pkt.1 Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującej jako niezgodnej z Pzp podczas gdy oferta ta, jako zgodna z Pzp, nie podlegała odrzuceniu wobec poniżej wskazanych zarzutów;
2. art. 24 art. ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 i art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez wykluczenie Odwołującego z Postępowania pomimo, że wykazał spełnianie wszystkich warunków udziału w Postępowaniu, w szczególności warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, oraz przez uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą mimo braku podstaw;
3. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej;
4. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 22a. ust. 1 i 2 oraz art. 26 ust. 2 i 3 Pzp przez ich błędną wykładnię i błędne zastosowanie i w konsekwencji błędne wezwanie do uzupełnienia dokumentu przez złożenie Załącznika nr 3 do SIWZ zamiast zwrócenia się o wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i w konsekwencji uzupełnienia braku przez Odwołującego zgodnie z żądaniem/wskazówkami Zamawiającego - wykluczenia Odwołującego z tej przyczyny;
5. art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5, art. 65 w zw. z art. 65¹ i art. 84 i 86 § 1 w zw. z art. 65¹ K.c. w zw. z art. 14 Pzp przez zażądanie od Odwołującego złożenia oświadczenia konkretnej treści z zagrożeniem wykluczenia, a następnie wykluczenia go w konsekwencji złożenia tego oświadczenia, jak również nie przeprowadzenie wykładni woli oświadczenia w postaci Załącznika nr 7 i Załącznika nr 3, umowy najmu oraz pozostałej treści oferty zgodnego z zasadami wykładni w tym także nie zwrócenia się z żądaniem złożenia w tym zakresie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wobec jednoznacznie rodzących się wątpliwości, co do rzeczywistej woli wyrażonej w ofercie;

z ostrożności naruszenie

6. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 26 ust. 6 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców i przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczenia nawet jeśli samodzielnie wykaże spełnienie warunku udziału w Postępowaniu, podczas gdy inni wykonawcy, którzy wyraźnie sygnalizowali poleganie na zasobach podmiotu trzeciego uprawnieni są do wykazania samodzielnego spełnienia warunków udziału;
7. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującej do złożenia wyjaśnień w zakresie budzących wątpliwości oświadczenia pierwotnego i złożonego na wezwanie Zamawiającego i w konsekwencji wyciągnięcia błędnych wniosków i wezwania do złożenia Załącznika nr 3 do SIWZ.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty i poprzedzającej jej czynności wykluczenia z Postępowania;
2. ponownego badania i oceny oferty Odwołującego;
3. dokonania innych czynności opisanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podał, że przysługuje mu interes prawny do wniesienia odwołania i ponieść może szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp na skutek niezgodnego z prawem zamówień odrzucenia jego oferty (uznanej za najkorzystniejszą) wskutek niezgodnego Pzp, że nie spełnia warunków udziału w Postępowaniu i podlega wykluczeniu. Na skutek niezgodnego z prawem zachowania Zamawiającego Odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty, uzyskania zamówienia i zawarcia stosownej umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że w zawiadomieniu z dnia 22 marca 2018 r. Zamawiający poinformował go o odrzuceniu jego oferty jako niezgodnej z Pzp. Według Zamawiającego Odwołujący podlegał wykluczeniu na skutek nie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Zamawiający zaznaczył, że Odwołujący w treści oświadczenia składanego wraz z ofertą nie wskazał powoływania się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu, czyli spełniał je samodzielnie. Tymczasem w treści złożonych Zamawiającemu na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 2 Pzp dokumentów, w tym Załącznika nr 7 („Wykaz sprzętu”) i Załącznika nr 3 Odwołujący wskazał, że w celu spełnienia warunków udziału w Postępowaniu będzie polegał na zasobach innego podmiotu przez udostępnienie samochodu IVECO DAILY.

Zamawiający wskazał, że pismem z 13 marca 2018 r., na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu, tj. zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotów trzecich (Załącznik nr 3 do SIWZ). Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył wymagany dokument w terminie, czym potwierdził, że będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich. Zdaniem Zamawiającego nastąpiła więc nie budząca żadnej wątpliwości sprzeczność pomiędzy oświadczeniem wstępnym, zgodnie z którym Odwołujący miał samodzielnie będzie wykonywał zamówienie i dokumentem złożonym na wezwanie Zamawiającego ze wskazaniem w jego treści podmiotu trzeciego. W konsekwencji Zamawiający przyjął, że nastąpiła zmiana oferty, co jest niedopuszczalne (art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 Pzp), zatem ocenie podlegała treść pierwotna, a w tej wg. Zamawiającego Odwołujący nie wykazał wypełnienia warunku udziału w postaci dysponowania sprzętem - pojazdem specjalistycznym.

W ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) Zamawiający w zakresie zdolności technicznej wymagał, by wykonawca posiadał co najmniej 1 pojazd specjalistyczny tam opisany. W zakresie oświadczeń lub dokumentów Zamawiający w ogłoszeniu i SIWZ, w zakresie wykazania spełniania warunków udziału (co do zdolności technicznej), wymagał złożenia „Wykazu sprzętu” - załącznik nr 7 do SIWZ.

Podkreślenia wymaga, że Zamawiający pismem z dnia 7 lutego 2018 r. wezwał Odwołującego, którego oferta została najwyższej oceniona, do złożenia dokumentów podmiotowych i potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, z których zakwestionowany został tylko wykaz sprzętu.

Zgodnie z żądaniem Zamawiającego, dla wykazania posiadania co najmniej 1 pojazdu specjalistycznego, Odwołujący złożył Załącznik nr 7, wskazując w nim pojazd specjalistyczny spełniający wymagania określone w ogłoszeniu i SIWZ. Odwołujący nie zaznaczył w tym dokumencie, że polega w zakresie spełniania warunków udziału na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu (kolumna 3). Wpisał jednak do kolumny 4 nazwę innego podmiotu - właścicieli przedmiotowego pojazdu. Jednocześnie Odwołujący dodatkowo i informacyjnie załączył umowę najmu pojazdu opisanego w wykazie, zawartą z podmiotem trzecim (właścicielami pojazdu wpisanymi do rubryki/kolumny nr 4), potwierdzającą prawdziwość złożonego oświadczenia (prawdziwość oświadczeń w Załączniku nr 7 - „Wykaz osób” w zakresie posiadania wykwalifikowanego personelu potwierdził analogicznymi dodatkowymi dokumentami w postaci zaświadczeń o ukończeniu przez osoby za pomocą których wykonywał będzie zamówienie szkolenia w dziedzinie BHP). Poza wymienionymi powyżej Odwołujący nie złożył żadnych innych dokumentów czy oświadczeń odnoszących się do warunku posiadania sprzętu w postaci specjalistycznego pojazdu.

Mając na uwadze wymagania w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu uznać należy, że Odwołujący z chwilą złożenia ww. dokumentów na

wezwanie Zamawiającego z dnia 7 lutego 2018 r. wykazał ich samodzielne spełnienie w zakresie określonym w ogłoszeniu, SIWZ i zgodnie z Pzp. Oferta (składające się nań dokumenty) nie były również ze sobą wewnętrznie sprzeczne. Samo przez się wskazanie w Załączniku nr 7 do SIWZ w rubryce 4 zatytułowanej „Nazwa innego podmiotu”, także przy jednoczesnym braku zaznaczenia, że stanowią oni podmiot będący zasobem trzecim w rozumieniu Pzp i jednocześnie (a w zasadzie uprzedniej) deklaracji realizacji zamówienia samodzielnie i spełniania warunków udziału w Postępowaniu samodzielnie przez Odwołującego nie stanowi o zmianie powyższej okoliczności (samodzielności realizacji zadania w oparciu o sprzęt, którym Odwołujący dysponuje samodzielnie). Nie zmienia tego również w żaden sposób załączenie umowy najmu oraz fakt, że sprzęt nie stanowi własności Odwołującego. Stosunek najmu, dzierżawy, leasingu są podstawowymi zobowiązaniami zapewniającymi możliwość odpłatnego korzystania z rzeczy/praw (bez obsługi/kierowcy) i nie zmieniają same przez się faktu samodzielnej realizacji działalności gospodarczej przez podmiot upoważniony do korzystania z nich na podstawie zawartej umowy.

Realizacja zamówienia publicznego przy wykorzystaniu sprzętu będącego własnością osoby trzeciej, ale w ramach istniejącego stosunku zobowiązaniowego (tutaj umowa najmu) nie zmienia sposobu samodzielnej realizacji zamówienia na realizację zamówienia w oparciu o zdolności techniczne wymienionych właścicieli pojazdu. Właściciele sprzętu nie zaangażowali swoich zdolności technicznych w realizację zamówienia - oni zawierając umowę najmu rozporządzili należącym do nich majątkiem w celu zapewnienia sobie stałego miesięcznego przychodu. Oddali do korzystania sprzęt za wynagrodzeniem z jednoczesnym zobowiązaniem go do przejścia na siebie pełnej odpowiedzialności za jego utrzymanie (vide § 3 tiret pierwsze). W tym przypadku zdolnościami tymi w pełni samodzielnie dysponuje sam Odwołujący. Ponadto Odwołujący nie dysponuje sprzętem wskazanych właścicieli dla wyłącznie realizacji tego zamówienia, lecz w ogóle w celu prowadzenia swojej działalności. Sama zaś umowa najmu wyraźnie wskazuje na jej długotrwały charakter, podczas gdy zamówienie realizowane ma być krótko (np. obowiązek sezonowej wymiany opon).

Przyjęcie innej wykładni prowadziłyby do absurdu wniosku o konieczności występowania do właścicieli najętego pojazdu z żądaniem udostępniania go dla każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wykonawca chciałby składać ofertę, a w którym potencjalnie pojazd miałby być wykorzystany, podczas gdy pojazd służy po prostu realizacji działalności gospodarczej wykonawcy. Dalej taka rozszerzająca interpretacja normy art. 22a ust. 1 i 2 Pzp prowadzić musiałaby również do konstatacji, że każde dysponowanie wykonawcy sprzętem innym niż stanowiący jego własność jest jednocześnie poleganiem na zasobach technicznych podmiotu trzeciego a także konieczność każdorazowego udowadniania dysponowania tym sprzętem dla konkretnego zamówienia, podczas gdy wykonawca niebędący właścicielem dysponuje sprzętem dla realizacji po prostu swojej działalności gospodarczej tak jak wykonawca będący właścicielem sprzętu. Należałoby również, przy tak szerokiej interpretacji pojęcia polegania na zdolnościach technicznych innego podmiotu zastanowić się nad skutecznością zapewnienia dysponowania sprzętem przez oddający do korzystania sprzęt podmiot trzeci inny niż właściciel - czy zawarcie umowy najmu (pozyskanie stosownego zobowiązania) z podmiotem niebędącym właścicielem byłoby wystarczające dla wykazania przez oferenta że sprzęt pozostawał będzie w jego dyspozycji. Taka interpretacja prowadziłyby do nierównego traktowania tych z oferentów, którzy wybrali dla zapewnienia sobie parku maszynowego inną formę prawną niż jego zakup.

Niezależnie od powyższej argumentacji, w tym również dodatkowo zarzutu niewłaściwej wykładni treści umowy najmu przez Zamawiającego, w przypadku powzięcia wątpliwości co do złożonych dokumentów Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, czego nie uczynił. Zamawiający zamiast tego w sposób jednoznaczny wezwał Odwołującego do uzupełnienia oferty przez złożenie Załącznika nr 3 do SIWZ („Zobowiązanie do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia”). Pomimo prawidłowości czynności Odwołującego i wykazania przezeń spełniania rzeczowego warunku - posiadania specjalistycznego sprzętu na podstawie umowy najmu - Zamawiający pismem z dnia 13 marca 2018 r., w związku ze wskazaniem w treści złożonego załącznika („Wykaz sprzętu”) podmiotu trzeciego jako udostępniającego zasoby, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp (czego Wykonawca nie uczynił wpisując jedynie nazwiska właścicieli do rubryki nr 4 „nazwa innego podmiotu” i nie zaznaczając, co wymagane było zgodnie z zawartym we wzorze Załącznika nr 7 pouczeniu, kolumny nr 3 „zasoby innego podmiotu”) (pouczenie: „uwagi do kol. 3 1. zaznaczyć znakiem X tylko w przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach innego podmiotu dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. 2. Jeżeli dla wykazania spełnienia warunku udziału wykonawca polega na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy, na zdolnościach technicznych lub zawodowych innych podmiotów, to w takim przypadku powinien udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów (zaznaczenie zamawiającego) do oddania mu do dyspozycji tych zasobów

na potrzeby wykonania zamówienia, podpisane przez osoby upoważnione do reprezentacji danego podmiotu”) wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentu „załącznik nr 3 do SIWZ - zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez inne osoby”. Zamawiający zaznaczył również ww. piśmie, że „zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawcy, którzy nie wykażą spełnienia warunków udziału w postępowaniu, będą podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Ofertę wykluczonego Wykonawcy uważa się za odrzuconą”. Zaznaczyć również należy, że w pouczeniu co do wypełnienia kolumny nr 4 Załącznika nr 7 do SIWZ Zamawiający wpisał nie konieczność wskazania danych podmiotu trzeciego na którego zdolnościach technicznych wykonawca się opiera lecz wskazał, że należy „wpisać nazwę innego podmiotu, na zasobach którego wykonawca polega”, co wobec treści art. 22 a ust 1 i ust 2 Pzp może wprowadzać w błąd, co zresztą nastąpiło. Czym innym jest bowiem podmiot na zdolnościach technicznych, którego wykonawca polega w rozumieniu art. 22a Pzp, a czym innym podmiot na którego zasobie polega, np. na podstawie umowy najmu, dzierżawy czy leasingu. Zamawiający opisując kolumnę nr 3 posłużył się pojęciem ustawowym, podczas gdy dla opisu wymaganych danych dla kolumny nr 4 użył pojęcia wygenerowanego w oderwaniu do aktualnego brzmienia Pzp, która w sposób konsekwentny mówi o poleganiu na zdolnościach podmiotu trzeciego - te dwie sytuacje należy więc rozróżnić.

Na wezwanie z dnia 13 marca 2018 r. Odwołujący, pragnąc uniknąć wykluczenia, pismem z dnia 16 marca 2018 r. złożył żądany przez Zamawiającego Załącznik nr 3 do SIWZ wpisując jako podmiot trzeci właścicieli pojazdu specjalistycznego, którzy złożyli również stosowne podpisy pod oświadczeniami o udostępnieniu zasobów oraz wskazali jako sposób udostępnienia załączoną wcześniej umowę najmu. Także i na tym etapie Zamawiający winien wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień podobnie jak wyżej w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie treści złożonego Załącznika nr 3.

Działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu Odwołującego do złożenia oświadczenia konkretnej treści z zagrożeniem wykluczenia z postępowania a następnie podjęcie decyzji o wykluczeniu z Postępowania na skutek złożenia żadanego oświadczenia uznać należy również za rażące naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp a złożone oświadczenia jako wymagające tłumaczenia w świetle całości składanych oświadczeń (oferty).

Podkreślenia wymaga, że korzystanie z zasobu technicznego w postaci pojazdu nie stanowiącego własności wykonawcy na podstawie umowy najmu czy też leasingu nie stanowi samo w sobie polegania na zdolności technicznej osoby trzeciej w rozumieniu Pzp. Tym samym złożone pierwotnie oświadczenie było prawidłowe, a oferta spójna i zgodna z SIWZ. Umowa najmu załączona przez Odwołującego nie zawiera żadnego odwołania się do Postępowania tym bardziej więc dla uznania, że stanowi ona o dysponowaniu zdolnościami technicznymi osoby trzeciej dla realizacji zamówienia w rozumieniu Pzp konieczne byłoby złożenie przez Odwołującego wyjaśnień, do czego nie został wezwany. Sama treść oświadczenia z załącznika nr 3 nie mogła być zmieniana a jednocześnie nie przesądza ona o celu zawarcia umowy najmu pojazdu. Realizacja zamówienia objętego Postępowaniem może być jedynie jednym z wielu celów, dla których pojazd został oddany w najem.

Na wątpliwości, co do charakteru udostępnienia pojazdu przez podmiot trzeci w rozumieniu Pzp, jako przez podmiot na zdolnościach którego polega wykonawca przy realizacji danego zamówienia, czy też po prostu udostępnienie pojazdu dla realizacji zwykłej działalności wykonawcy wskazuje choćby data z jaką podpisany został Załącznik nr 3 do SIWZ - dopiero na żądanie Zamawiającego zawierające rygor wykluczenia na wypadek zaniechania złożenia tegoż Załącznika nr 3 do SIWZ w dniu 16 marca 2018 r. Wobec treści oferty (pierwotnej) i następczej (z uwzględnieniem nawet załącznika nr 7 i 3 do SIWZ), jak również umowy najmu nie sposób też przyjąć, by dysponowanie pojazdem odnosiło się wyłącznie do konkretnego Postępowania w rozumieniu art. 22a ust. 1 Pzp. Odwołujący korzystać może, co potwierdza zarówno sama treść umowy jak i koresponduje z tym treść Załącznika nr 3 z pojazdu, również w dowolnym celu a samo korzystanie z pojazdu ma mieć charakter długotrwały, na co wskazuje choćby powołany już powyżej zapis dotyczący obowiązku wymiany przez najemcę (Odwołującego) olejów czy też sezonowej zmiany opon.

W konsekwencji uzupełnienia dokumentu w postaci Załącznika nr 3 Zamawiający ocenił, że Odwołujący podlega wykluczeniu i jako takiego oferta ulega odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1. przesłuchania Odwołującego oraz świadków: P. M.

i K. Ł.;

2. treści faktur VAT nr FV/4/2018/02/3 z dnia 28 lutego 2018 r. i FV/7/2018/03/3 z dnia 22 marca 2018 r. - dowody O1,

na okoliczność faktycznego i samodzielnego dysponowania pojazdem specjalistycznym na cele prowadzonej działalności gospodarczej oraz okoliczności podpisania oświadczeń (załączniki nr 3 i 7 SIWZ) oraz umowy najmu pojazdu specjalistycznego.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując, jak niżej.

Zamawiający stwierdził, że nowelizacja z 22 czerwca 2018 r. wprowadziła nowe regulacje w zakresie weryfikacji podmiotów trzecich oraz że z art. 22a Pzp wynika możliwość polegania przez wykonawcę na potencjale podmiotów trzecich, która została ograniczona wyłącznie w okolicznościach wskazanych w Pzp.

Zamawiający podkreślił, że ewentualne korzystanie z zasobów innego podmiotu może być dopuszczalne, o ile jest zindywidualizowane, a więc dotyczy każdorazowo danego zamówienia. Tym samym zobowiązanie powinno określać nie tylko wykonawcę, zakres i formę i sposób udostępnienia zasobów, ale również określenie przedmiotu zamówienia i zamawiającego, czego w przedmiotowym postępowaniu bezwzględnie dopełniono, sporządzając wzór zobowiązania, który wykonawca oraz podmiot trzeci wypełnili i po podpisaniu przedłożyli zamawiającemu.

Bardzo istotnym jest, że Pzp zezwala wykonawcy polegać na zasobach innych podmiotów niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Zamawiający nie może więc ingerować w rodzaj stosunków prawnych łączących wykonawcę z podmiotami udostępniającymi swoje zasoby, natomiast niezbędne jest, aby jakkolwiek stosunek prawny pomiędzy wykonawcą i tym podmiotem lub podmiotami miał miejsce. W każdym przypadku niezbędne jest zawarcie pomiędzy wykonawcą a innym podmiotem stosownego porozumienia czy umowy, zobowiązującego inny podmiot lub podmioty do udostępnienia zasobów. Taka też umowa została zawarta pomiędzy Odwołującym a podmiotem trzecim. Jednak to, że wykonawca ma obowiązek taką umowę zawrzeć, nie generuje obowiązku jej składania zamawiającemu. To nie na podstawie umowy zamawiający weryfikuje udostępnienie zasobów, natomiast na podstawie zobowiązania. Przedstawiona przez Odwołującego umowa stanowiła jedynie dokument potwierdzający ww. wymóg, nie stanowiła zaś podstawy do weryfikacji dysponowania potencjałem wymagany.

Podstawę tą stanowi zobowiązanie podpisane przez wykonawcę i podmiot trzeci. Zamawiający nie miał prawa ingerować w ten stosunek prawny, ponieważ z treści przepisu wynika wyraźnie - „niezależnie od charakteru prawnego łączących ich stosunków”.

Zamawiający podkreślił, że posiadał informacje niezbędne do weryfikacji zgodności oświadczenia wstępnego ze złożonymi w terminie późniejszym dokumentami. Odwołujący składając stosowaną umowę i wypełniając załącznik dotyczący dysponowania potencjałem technicznym i potem zobowiązanie do udostępnienia zasobów sam potwierdził, że będzie korzystał z zasobów podmiotów wskazanych w treści dokumentów. Na wykonawcy bowiem spoczywa obowiązek udowodnienia dysponowania niezbędnymi zasobami. Odwołujący wskazał w tej sprawie, że samodzielnie warunków udziału w Postępowaniu nie spełnia, dlatego też wykazał podmiot trzeci, ale dopiero na etapie wezwania do złożenia dokumentów. Nie tylko generuje to konieczność odrzucenia oferty z uwagi na niezgodność z Pzp, ale budzi ponadto wątpliwości Zamawiającego w zakresie zaistnienia korelacji pomiędzy wykonawcą RENOVO s.c., który również złożył ofertę, a jest podmiotem trzecim udostępniającym zasoby. Pomimo, że wykonawca ma taką możliwość prawną, budzi wątpliwość praktyczna możliwość korzystania z zasobów wskazanych pojazd do transportu, jednocześnie przez wykonawcę, którego oferta została odrzucona, jak i przez udostępniającego. Stwierdzenie, czy takie zobowiązanie istniało przed terminem składania ofert wydaje się niemożliwe.

Zamawiający podał, że jeżeli Odwołujący uznawał wezwanie do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów za niezasadne, miał możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 181 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca może w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania poinformować zamawiającego o niezgodnej z przepisami ustawy czynności podjętej przez niego, na które nie przysługuje odwołanie na podstawie art. 180 ust. 2 Pzp. Odwołujący w żaden sposób nie zakwestionował wezwania skierowanego do niego przez zamawiającego, złożył wymagany dokument w pełni świadomie i zgodnie z wezwaniem.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli wykonawca nie złoży 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 powziął wątpliwości w zakresie korzystania przez Odwołującego z zasobów podmiotu trzeciego, dlatego że sam Odwołujący niejednoznacznie określił poleganie na tych zasobach, stosując rozbieżność w treści oświadczenia i dokumentu złożonego Zamawiającemu na wezwanie w wyniku uznania oferty Odwołującego za najwyższej ocenioną. Zamawiający zgodnie z treścią SIWZ i obowiązującymi przepisami Pzp wraz z przepisami wykonawczymi, zobligowany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia załącznika zawierającego oświadczenie zobowiązujące do udostępnienia zasobów podpisane przez Wykonawcę i podmiot trzeci, co uczynił.

W treści oferty w załączniku nr 3 do SIWZ wykonawca wyraźnie wskazał nazwę innego podmiotu (zgodnie z objaśnieniami Zamawiającego tu należało wpisać nazwę podmiotu, na zasobach którego wykonawca polega). W treści zobowiązania załącznika nr 3 do SIWZ jako udostępniający zasoby podmiot trzeci zostały wymienione dwa nazwiska - K. Ł. i P. M.. Są to osoby tworzące spółkę cywilną RENOVO, adres podmiotu trzeciego został wskazany identyczny jak spółki. W ocenie Zamawiającego nie budziło żadnych wątpliwości wskazanie na etapie uzupełnienia dokumentów wykazanie przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu z udziałem podmiotu trzeciego.

Biorąc pod uwagę powyższe należy podkreślić, że nie wskazanie w treści oświadczenia wstępnego polegania na zasobach podmiotów trzecich i późniejsze wykazanie korzystania z nich stanowi bezspornie zmianę treści oferty co do sposobu wykonania zamówienia i jest niedopuszczalne.

Zamawiający stwierdził dodatkowo, posiłkując się argumentacją zawartą w informacji stanowiącej podstawę wniesienia odwołania, że Odwołujący błędnie założył, jakoby Zamawiający wykluczył go z Postępowania. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp w wyniku naruszenia przepisu art. 22a Pzp.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienie skutecznie zgłosił wykonawca ECO-POL sp. z o.o. z siedzibą w Pruszczu (dalej „Przystępujący”), wnosząc o oddalenie odwołania.

Na rozprawie strony podtrzymały przedstawioną powyżej argumentację.

Odwołujący wniósł dodatkowo o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. umowy najmu samochodu z 8 lutego 2017 r. (dot. pojazdu innego niż wskazany w wykazie sprzętu) - dowód O2;
2. faktur VAT nr FV/3/10/2017 z 24 października 2017 r., FV/1/10/2017

z 24 października 2017 r., FV/1/02/2018 z 28 lutego 2018 r., FV/2/02/2018

z 28 lutego 2018 r. oraz protokołów odbioru z 10 października 2017 r., 28 lutego 2018 r., wystawionych (sporządzonych) w związku ze świadczeniem przez Odwołującego na rzecz innych zamawiających usług w zakresie usunięcia i unieszkodliwienia wyrobów zawierających azbest - dowody O3.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego zawarte w przytoczonych powyżej pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego, wykazu sprzętu złożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2

Pzp wraz z załącznikiem w postaci umowy najmu pojazdu wskazanego w wykazie, wezwania Odwołującego, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia Odwołującemu zasobów, zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego w odpowiedzi na to wezwanie, zawiadomienia o odrzuceniu oferty Odwołującego, dokumentów załączonych do odwołania i złożonych przez Odwołującego na rozprawie.

Izba oddaliła wniosek dowodowy o przesłuchanie świadków. Okoliczności wymienione w sformułowanej tezie dowodowej wynikały bowiem z dokumentów, a to umowy najmu pojazdu, czy dowodów O1-O3. Także ustalenie okoliczności w jakich uzupełniony został dokument zobowiązania wydaje się zbędne w świetle treści wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp - Odwołujący chciał bowiem sprostować oczekiwaniom Zamawiającego, których nie spełnienie zagrożone było sankcją wykluczenia z Postępowania.

W zakresie stanu faktycznego Izba ustaliła, że w załączonym do oferty oświadczeniu, o którym mowa w art. 25a ust. 1 Pzp, Odwołujący nie wskazał podmiotu trzeciego, na którego zdolnościach lub sytuacji polega w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu (zob. oświadczenie sporządzone przez Odwołującego według wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ, pkt 3, str. 2).

Następnie Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 Pzp, złożył Zamawiającemu m.in. wykaz sprzętu zawierający informacje o wymaganym treścią warunku pojeździe (poz. 1 w kol. 2), a także (poz. 1, kol. 4) dane osób będących właścicielami pojazdu. Jednocześnie w wykazie tym Odwołujący nie zaznaczył „X”, że w związku ze wskazanym pojazdem polega na zasobach podmiotu trzeciego (poz. 1, kol. 3) i nie załączył zobowiązania takiego podmiotu. Do wykazu Odwołujący załączył umowę najmu pojazdu zawartą z osobami wskazanymi w wykazie.

W konsekwencji Odwołujący został przez Zamawiającego wezwany, w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, do uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. Odwołujący złożył oczekiwany przez Zamawiającego dokument, co stanowiło przyczynę odrzucenia jego oferty z przyczyn szczegółowo omówionych przez Zamawiającego w przytoczonej powyżej odpowiedzi na odwołanie.

Izba zważyła, że w powyższych okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego było nieuzasadnione, zatem odwołanie należało uwzględnić.

Skład orzekający nie miał wątpliwości, że w spornej kwestii wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu zachowanie Odwołującego nie było jednoznaczne. Z jednej strony Odwołujący oświadczył w ofercie, że nie polega na zasobach podmiotu trzeciego, nie zaznaczył w złożonym następnie wykazie sprzętu stosownego pola przeznaczonego na taką deklarację i nie załączył zobowiązania podmiotu trzeciego. Z drugiej jednak strony Odwołujący wskazał we wspomnianym wykazie właściciela ujętego w nim pojazdu, załączając do tego umowę najmu, a nadto - w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia zobowiązania do oddania zasobów - Odwołujący przedstawił dokument stwierdzający taką okoliczność. Na marginesie rozważań należało przy tym pozostawić kwestię wskazywanych przez Odwołującego rzekomych trudności interpretacyjnych dotyczących wzoru formularza sprzętu, w tym zamieszczonych w nim pouczeń. Zdaniem Izby rzeczony formularz należało odczytywać w ten sposób, że w odpowiedniej pozycji kol. 3 wykonawca miał zadeklarować czy wskazany w kol. 2 pojazd stanowi zasób własny, czy oddany mu do dyspozycji przez inny podmiot (podmiot trzeci), a w razie wypełnienia kol. 3 - wskazać nazwę tego podmiotu w kol. 4.

W konsekwencji przesądzenia wymagało, czy na podstawie informacji zawartych w ofercie Odwołującego i złożonych następnie dokumentach Zamawiający był w stanie stwierdzić podnoszoną w odwołaniu okoliczność samodzielnego wykazywania przez Odwołującego spełniania warunku udziału w Postępowaniu? Na tak postawione pytanie należało, zdaniem Izby, udzielić odpowiedzi twierdzącej z następujących przyczyn.

W powyższym zakresie rozstrzygające znaczenie miał nie sam fakt złożenia umowy najmu pojazdu, który Zamawiający zinterpretował jako powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego, determinujące konieczność wezwania Odwołującego do złożenia zobowiązania (protokół posiedzenia i rozprawy, str. 3), ale treść tej umowy. Nie wynika z niej bowiem, aby zawarta została w celu ubiegania się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, czy w związku ze zobowiązaniem osób będących właścicielami pojazdu stanowiącego przedmiot tej umowy do oddania Odwołującemu potencjału niezbędnego do wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu. W konsekwencji Izba dała wiarę argumentacji Odwołującego, że w taki sposób zorganizował prowadzoną przez siebie działalność

gospodarczą, że wykorzystuje w niej wynajmowane pojazdy, co potwierdzają dodatkowo dowody O1 - O3. Zawarte w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego i odpowiedzi na odwołanie obszerne wywody Zamawiającego można zasadniczo sprowadzić do stwierdzenia, że Zamawiający ocenił kwestię samodzielności wykazywania spełniania warunku udziału w Postępowaniu przez pryzmat szeroko pojętych stosunków własnościowych dotyczących wymaganego treścią warunku sprzętu. Zamawiający przyjął bowiem, jak wspomniano, że skoro wskazany w wykazie pojazd jest wynajęty, to zachodzi przypadek udostępnienia potencjału, co notabene Zamawiający potwierdził na rozprawie. Zdaniem Izby wspomniane stosunki nie przesądzają w jaki sposób wykonawca wykazuje spełnianie warunków udziału w postępowaniu, natomiast z użyciem w przepisie art. 22a ust. 1 Pzp sformułowania „niezależnie od charakteru prawnego [...] stosunków prawnych” łączących wykonawcę i podmiot trzeci nie można wyprowadzać wniosku, że ilekroć stosunek taki istnieje (np. najem, dzierżawa, leasing), *per facta concludentia* dochodzi do udostępnienia potencjału. Stwierdzeniu takiemu towarzyszyć musiałoby założenie, że, przykładowo, wynajmujący, zawierając umowę najmu rzeczy z podmiotem, który następnie w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wskazuje na dysponowanie tą rzeczą, godzi się na weryfikację swojej sytuacji podmiotowej i ocenę braku podstaw do wykluczenia (art. 22a ust. 3 Pzp), nawet jeśli o wykorzystaniu rzeczy w celu ubiegania się o udzielenie zamówienia w ogóle nie wiedział. Przedstawiony przykład przywołany został nieprzypadkowo, bowiem w tej sprawie mieliśmy do czynienia z umową najmu, która - jak wskazano powyżej - zawarta została w oderwaniu od kwestii ubiegania się przez Odwołującego o udzielenie przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem składu orzekającego w błędnym przekonaniu o korzystaniu przez Odwołującego z potencjału podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, przez sam fakt posłużenia się wynajętym pojazdem, utwierdziła Zamawiającego wadliwie przeprowadzona procedura z art. 26 ust. 3 Pzp. Zamawiający pomimo braku stosownej deklaracji w ofercie i w warunkach niejednoznacznie wypełnionego wykazu sprzętu apriorycznie założył, że Odwołujący powinien był złożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego, wzywając do jego przedstawienia. Odwołujący uczynił zadość wezwaniu, czym *de facto* spowodował odrzucenie swojej oferty. Jeśli jednak pominąć umowę najmu, niezależnie od wyciąganych z niej wniosków, to należałoby stwierdzić, że Zamawiający powinien był nabrać wątpliwości co do sposobu wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu, których wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp jest pozbawione. W konsekwencji uprawniony jest wniosek, że rzekoma niedopuszczalna zmiana przez Odwołującego oferty jest następstwem nieuprawnionego wnioskowania Zamawiającego o jej treści.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentu zobowiązania będące konsekwencją nieprawidłowej interpretacji zawartego w niej oświadczenia woli i następce odrzucenie tej oferty stanowiło naruszenie art. 22a, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 65 K.c. w zw. z art. 14 Pzp, zatem konieczne stało się orzeczenie, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

Izba nie dopatrzyła się natomiast naruszenia przez Zamawiającego pozostałych wskazanych w zarzutach odwołania przepisów. Przede wszystkim niewątpliwie Zamawiający nie dokonał wykluczenia Odwołującego z Postępowania, a odrzucenia jego oferty, choć rzeczywiście uzasadnienie faktyczne takiego rozstrzygnięcia referuje w przeważającej mierze do kwestii wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podobnie, Odwołujący nie dostarczył Izbie argumentów pozwalających na stwierdzenie, że działał pod wpływem błędu wywołanego przez Zamawiającego podstępnie. Jak wspomniano, Zamawiający niezasadnie przyjął, że ma do czynienia z korzystaniem z potencjału podmiotu trzeciego i w tym kierunku prowadził z Odwołującym procedurę uzupełniania dokumentów. Zdaniem składu orzekającego Zamawiający działając w warunkach błędu co do wzmiankowanej okoliczności nie mógł intencjonalnie wywołać błędu u Odwołującego, a tylko w takim przypadku (świadomego, celowego działania) do czynienia mamy z działaniem podstępnym.

Uwzględnienie zarzutów podstawowych, związanych z nieprawidłowym badaniem oferty Odwołującego i następnie jej odrzuceniem spowodowało, że rozstrzygnięcie o zarzutach ewentualnych, tj. zarzutach zaniechania wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty, bądź złożonego wykazu sprzętu, stało się bezprzedmiotowe. Izba oceniła bowiem, że Odwołujący samodzielnie wykazał spełnianie warunku, wobec czego dalsze roztrząsanie tej kwestii jest zbędne. Jednocześnie, nawiązując do postawionego przez Odwołującego zarzutu zaniechania wyboru jego oferty, zaznaczyć należy, że niniejszy wyrok nie przesądza o takiej konieczności, a jedynie o tym, że czynność odrzucenia oferty Odwołującego z powodów wskazanych przez Zamawiającego, dokonana została z naruszeniem prawa.

O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 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.2010.41.238 ze zm.).

Przewodniczący: