

WYROK

z dnia 15 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Elemont Sp. z o.o.** z siedzibą w Opolu przy ul. Dobrzeńskiej 72b (45-920 Opole) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Długiej 49 (53-633 Wrocław)

przy udziale wykonawcy **ELEKTROTIM S.A.** z siedzibą we Wrocławiu przy ul. Stargardzkiej 8 (54-156 Wrocław), zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Elemont Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy;
2. Kosztami postępowania obciąża w 1/2 zamawiającego – **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu** oraz w 1/2 wykonawcę – **ELEKTROTIM S.A.** z siedzibą we Wrocławiu, który wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Elemont Sp. z o.o.** z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od zamawiającego – **Zarządu Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu** na rzecz wykonawcy **Elemont Sp. z o.o.** z siedzibą w Opolu kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą

pomnożoną przez $\frac{1}{2}$ sumę kosztów strony poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- 2.3. zasądza od wykonawcy – **ELEKTROTIM S.A.** z siedzibą we Wrocławiu na rzecz wykonawcy **Elemont Sp. z o.o.** z siedzibą w Opolu kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy), stanowiącą pomnożoną przez $\frac{1}{2}$ sumę kosztów strony poniesionych 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 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego we Wrocławiu.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta we Wrocławiu zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp”, pn.: *Prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego we Wrocławiu*, zwane dalej „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 6 grudnia 2019 r., pod numerem 624282-N-2019.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest niższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 28 grudnia 2019 r. wykonawca Elemont Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu jego oferty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez niewłaściwe jego zastosowanie polegające na przyjęciu, iż wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego jest automatycznie sprzeczne zastrzeżeniem obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia na usługi, a przez to prowadzi do sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”;
- 2) art. 63 ust. 1 i art. 63 ust. 2 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE seria L 2014 r. Nr 94, s. 65 ze zm. – zwaną dalej „Dyrektywą 2014/24/UE”), przez niewłaściwą jego wykładnię polegającą na przyjęciu, iż przepisy prawa krajowego stanowiące transpozycję ww. przepisów Dyrektywy 2014/24/UE powinny być interpretowane w ten sposób, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego jest automatycznie sprzeczne zastrzeżeniem obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia na usługi, a przez to prowadzi do sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ;
- 3) art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 i ust. 4 Pzp przez jego niewłaściwą wykładnię polegającą na przyjęciu, iż wykazanie spełnienia warunku udziału w

postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego jest automatycznie sprzeczne zastrzeżeniem obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia na usługi;

- 4) art. 22a ust. 4 Pzp (w tym również w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp) przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż realne udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia jest tożsame z zaangażowaniem podmiotu trzeciego przekazującego swój potencjał w charakterze podwykonawcy;
- 5) art. 22a ust. 4 Pzp (w tym również w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp) przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia wyłącza możliwość wzięcia udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia pomimo tego, że opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ został tak sformułowany, iż nie wiadomo czy warunek udziału w postępowaniu dotyczy tych usług, w stosunku do których sformułowano obowiązek osobistego ich wykonania;
- 6) art. 91 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie może być uznana za ofertę najkorzystniejszą w postępowaniu albowiem najkorzystniejszą w postępowaniu jest oferta odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości;
 - nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
 - nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - nakazanie zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- a także
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego zgodnie ze spisem kosztów, który zostanie przedstawiony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- oraz
- przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż złożył ofertę w postępowaniu, która w świetle kryteriów oceny ofert wynikających SIWZ byłaby ofertą najkorzystniejszą. W ocenie odwołującego niezasadne i niezgodne z przepisami Pzp odrzucenie jego oferty wywołuje ten skutek prawny, że oferta ta nie zostaje wybrana jako najkorzystniejsza, a w konsekwencji odwołujący może ponieść szkodę w postaci

nieudzielenia mu zamówienia doznając tym samym szkody polegającej na nieuzyskaniu spodziewanego zysku.

Odnośnie zarzutu wskazanego w pkt 1 odwołujący wskazał, że w istocie wykazał spełnienie jednego z warunków udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego, czyli na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 Pzp. Warunkiem tym był warunek opisany w cz. IV pkt 2 lit. c1) SIWZ. Odwołujący wyjaśnił, że wykazał spełnienie tego warunku przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego, tj. potencjału p. M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą MKKM Firma Usługowo-Handlowa M. K. z siedzibą w Nowinach, zwanego dalej: „MKKM”. Odwołujący stwierdził przy tym, że rzecz jednak w tym, iż w żadnym z postanowień swojej oferty, ani w żadnym z dokumentów załączonych do swojej oferty nie wskazywał, że MKKM będzie jego podwykonawcą, ani tym bardziej, że MKKM będzie realizować czynności, które zostały zastrzeżone przez zamawiającego do osobistej realizacji zamówienia przez wykonawców. W szczególności informacja taka nie jest zawarta w ofercie, ani w zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów przez MKKM, które zostało załączone do oferty odwołującego. Co więcej odwołujący zwrócił uwagę, że formularz oferty, w pkt 10, zawiera jednoznaczne stwierdzenie, że nie zamierza korzystać przy realizacji zamówienia z pomocy podwykonawców. Nie wiadomo zatem, w jaki sposób zamawiający ustalił i przyjął, iż Odwołujący zamierza realizować kluczowe części zamówienia, zastrzeżone do osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę, przy pomocy jakiegokolwiek podwykonawcy, w tym w szczególności przy pomocy MKKM. Odwołujący wskazał również, że zamawiający nie występował do niego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty, co wskazuje, że stanowisko zamawiającego oparte było jedynie na domniemaniach własnych zamawiającego. Odwołujący zwrócił uwagę, że jego sytuacja faktyczna, jest zasadniczo inna niż drugiego odrzuconego wykonawcy. W stosunku do wykonawcy FB Serwis S.A. w informacji o wyniku postępowania zamawiający wskazał: *Oferta nr 4 FB Serwis SA została odrzucona, ponieważ Zamawiający w pkt 8 część III SIWZ zastrzegł, że kluczowe części zamówienia, o których mowa w pkt 2.1. OPZ wymagają osobistego wykonania przez Wykonawcę. Firma FB Serwis SA w ofercie oświadczyła, że będzie korzystała z podwykonawców w zakresie części prac konserwacyjnych i eksploatacyjnych, wobec czego treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.* Jak zatem widać, w ocenie odwołującego w przypadku wykonawcy FB Serwis S.A. treść oferty tego podmiotu wskazywała na zamiar zrealizowania zamówienia z wykorzystaniem podwykonawstwa. Z kolei w przypadku jego oferty zastrzeżenia takiego nie ma, a oferta jednoznacznie wskazuje (vide: w pkt 10 Formularza oferty), iż odwołujący w ogóle nie będzie korzystał z podwykonawstwa.

W zakresie zarzutu podniesionego w pkt 2 odwołania odwołujący wyjaśnił, że

stanowisko zamawiającego w sprawie odrzucenia jego oferty opiera się na założeniu, że wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego jest niejako automatycznie sprzeczne z zastrzeżeniem obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia na usługi. Na taki tok rozumowania zamawiającego zdaniem odwołującego wskazuje fragment informacji o wyniku postępowania z dnia 23 grudnia 2019 r., w którym zamawiający wskazuje, że: *Zgodnie z art 22a ust 4 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innego podmiotu, jeżeli podmiot ten zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że podmiot trzeci musi być podwykonawcą w zakresie czynności wskazanych w warunku uczestnictwa, a to z kolei jest niezgodne z treścią SIWZ pkt 8 część III, ponieważ kluczowe części zamówienia muszą być wykonane osobiście przez Wykonawcę. W ocenie odwołującego przyjęta przez zamawiającego interpretacja art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp (w zw. z art. 22a ust. 1 i ust. 4 Pzp) jest sprzeczna z Dyrektywą 2014/24/UE. Jak wyjaśnił odwołujący art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Jednocześnie art. 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że w przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy. W ocenie odwołującego, w świetle przepisów Dyrektywy 2014/24/UE ustanowienie wymogu wykonania kluczowych części zamówienia przez oferenta (art. 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE) nie wyklucza możliwości polegania przez tego oferenta na potencjale podmiotu trzeciego (art 63 ust 1 Dyrektywy 2014/24/UE). Prawodawca wspólnotowy w takich przypadkach (tj. art. 63 ust. 2) nie ustanowił zakazu korzystania z*

potencjału podmiotu trzeciego. Gdyby, zgodnie z intencją Dyrektywy 2014/24/UE ustanowienie wymogu wykonania kluczowych części zamówienia przez wykonawcę wyłączało uprawnienie do posługiwania się potencjałem podmiotu trzeciego wynikające z art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE to taki skutek prawny byłby przecież wprost wyrażony w przepisie. Tymczasem Dyrektywa 2014/24/UE skutku takiego nie wyraża, a jedynym następstwem ustanowienia takiego wymogu jest konieczność wzięcia udziału przez wykonawcę w realizacji takich części. W przypadku art. 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE nie mamy zatem do czynienia z normą zakazującą podwykonawstwa, lecz jedynie z normą nakazującą osobisty udział w realizacji zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że co więcej, uprawnienie do polegania przez oferenta na potencjale podmiotu trzeciego wyartykułowane w postanowieniach art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE nie zostało w żaden sposób ograniczone przez prawodawcę wspólnotowego. Treść art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE nie zawiera zwrotów typu „za wyjątkiem przypadków wskazanych w niniejszej dyrektywie”, „z uwzględnieniem postanowień...” lub „zastrzeżeniem postanowień...”, które wskazywałyby zamiar uczynienia wyłomu od generalnej zasady wynikającej z art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE. W ocenie odwołującego nie można tracić z pola widzenia, iż normy prawne wyrażone w treści postanowień art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE i w art. 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE zostały przecież skupione w jednej jednostce redakcyjnej aktu prawnego pomimo tego, iż regulują przedmiotowo odmienne stany faktyczne (odpowiednio spełnienie kryteriów kwalifikacji podmiotowej oraz sposób wykonywania przedmiotu zamówienia). Skupienie obu norm w jednej jednostce redakcyjnej jawi się jako jednoznaczny i czytelny sygnał ze strony prawodawcy wspólnotowego, iż poleganie na potencjale podmiotów trzecich w żadnym przypadku nie stoi w sprzeczności z tym, aby instytucje zamawiające mogły wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta. Sygnał ten czytelny jest bardziej, jeżeli uzmysłowić sobie, iż wobec wprowadzenia obu omawianych unormowań do jednego artykułu Dyrektywy 2014/24/UE, prawodawca wspólnotowy mógł prostym zabiegiem legislacyjnym dokonać wyłączenia uprawnienia do polegania przez oferenta na potencjale podmiotu trzeciego. Wystarczyło obowiązującą treść art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE, poprzedzić zwrotem typu „z zastrzeżeniem postanowień ust 2...” lub „z wyłączeniem przypadków wskazanych w ust 2...”, aby uchylić możliwość polegania na potencjale podmiotu trzeciego. Prawodawca wspólnotowy nie dokonał jednak takiego prostego zabiegu legislacyjnego, co jawi się jako okoliczność prawnie relewantna w toku procesu interpretacji relacji zachodzącej pomiędzy normą prawną wyrażoną w treści art. 63 ust 2 Dyrektywy 2014/24/UE, a normą prawną wyrażoną w art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE. Mając na uwadze przedstawione powyżej argumenty, wykładnia art. 63 ust 2 Dyrektywy 2014/24/UE w zw. z art. 63 ust. 1 Dyrektywy

2014/24/UE doprowadziła odwołującego do dwóch wniosków:

- ustanowienie przez instytucję zamawiającą wymogu wykonania kluczowych części zamówienia przez oferenta (art. 63 ust 2 Dyrektywy 2014/24/UE) nie wyklucza uprawnienia tego oferenta do polegania na potencjale podmiotu trzeciego (art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE);

- oferent, który zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego (art. 63 ust. 1 Dyrektywy 2014/24/UE) w przypadku, gdy ustanowiono w SIWZ wymóg wykonania kluczowych części zamówienia przez oferenta (art. 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE) nie może wyręczyć się podwykonawcą (i *de facto* nie realizować takich czynności) i musi wziąć udział w realizacji tych części zamówienia.

W ocenie zamawiającego wykładnia art. 63 ust. 1 i ust 2 Dyrektywy 2014/24/UE prowadzi do prostej konstatacji, iż w przypadkach ustanowienia wymogu wykonania kluczowych części zamówienia przez oferenta, w przypadku, gdy oferent korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, to zapewniony musi być zarówno udział samego wykonawcy (celem zadośćuczynienia wymaganiom wynikającym z art. 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE), jak i realny udział podmiotu trzeciego (celem zadośćuczynieniu wymaganiom wynikającym z art 63 ust 1 Dyrektywy 2014/24/UE). W żadnym jednak przypadku, nie oznacza to jednak zakazu korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, gdyż w prawie wspólnotowym nie istnieje norma prawna wyłączająca generalne uprawnienie wynikające z art 63 ust 1 Dyrektywy 2014/24/UE. W ocenie odwołującego odwołanie się w toku interpretacji art. 36a ust. 1 pkt 1 Pzp (w zw. z art. 22a ust. 4 Pzp) do przepisów art. 63 ust. 1 i art 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego wyniku wykładni z uwagi na fakt, iż w orzecznictwie organów ochrony prawnej jest powszechnie przyjęta i w pełni aprobowana zasada interpretacji prawa krajowego z uwzględnieniem postanowień prawa Unii Europejskiej, których transpozycję do polskiego porządku prawnego stanowi dany przepis prawa krajowego.

W dalszej kolejności uzasadnienia przedmiotowego zarzutu odwołujący zwrócił uwagę na obowiązek prowsólnotowej wykładni prawa krajowego, który został potwierdzony i skonkretyzowany w licznych wyrokach Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zwanego dalej: „TSUE”). Na tę okoliczność przytoczył szereg orzeczeń TSUE oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp w zw. z art. 22a ust. 1 i ust. 4 Pzp odwołujący stwierdził, że z uwagi na konieczność zastosowania wykładni prowsólnotowej nie sposób uznać, iż art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp stanowi podstawę do wyłączenia możliwości korzystania z potencjału podmiotu trzeciego na zasadzie art. 22a ust. 1 i ust. 4 Pzp. Jego zdaniem art. 36a ust. 2 Pzp stanowi transpozycję

do prawa Rzeczypospolitej Polskiej postanowień art 63 ust. 2 Dyrektywy 2014/24/UE i powinien być interpretowany w duchu postanowień tej dyrektywy. Dodatkowo wskazał, że podobnie jak art. 63 ust 2 Dyrektywy 2014/24/UE nie wyłącza art. 63 ust. 1 tej Dyrektywy, analogicznie, na gruncie prawa polskiego, przepis art. 36 ust. 2 Pzp nie wyłącza uprawnień wykonawcy do posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego na zasadzie art. 22a ust. 1 Pzp i art. 22a ust. 4 Pzp. Także i w tym przypadku zakaz taki nie został wyrażony w żadnym przepisie Pzp, w tym w szczególności nie wynika on z treści art. 36 ust. 2 Pzp. Literalna treść przepisu art. 36 ust. 2 Pzp wyraża jedynie nakaz osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, a nie zakaz korzystania z uprawnień określonych w art. 22a ust. 1 Pzp i w art. 22a ust. 4 Pzp.

Jeśli chodzi o zarzut naruszenia art. 22a ust. 4 Pzp odwołujący wskazał, iż zobowiązanie MKKM z dnia 13 grudnia 2019 r. do udostępnienia mu niezbędnych zasobów nie przewidywało, aby podmiot ten wziął udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy odwołującego. Zobowiązanie to zawierało informację o udziale MKKM w realizacji zadania na podstawie umowy zawartej na okres realizacji projektu wraz z okresem gwarancji jakości/rękojmi za wady, jednakże nie zawierało jakiegokolwiek (choćby pośredniej) wskazówki lub wzmianki o uczestnictwie MKKM w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. W ocenie odwołującego decyzja zamawiającego o odrzuceniu jego oferty wynikała najprawdopodobniej z automatycznego utożsamienia przez zamawiającego regulacji art. 22a ust. 4 Pzp z instytucją podwykonawstwa. Dalej odwołujący wyjaśnił, że w ujęciu statystycznym, korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego najczęściej przybiera postać podwykonawstwa, ale nie jest to jedyna forma współpracy gwarantująca realność dysponowania zasobem podmiotu trzeciego. Zdaniem odwołującego, zamawiający dokonując odrzucenia jego oferty, *de facto* dopuścił się nadinterpretacji art. 22 a ust. 4 Pzp (w zw. z art 36a ust. 2 pkt 1 Pzp) uznając, iż w każdym przypadku, gdy dany wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego wykazując potencjał techniczny lub zawodowy, to jest to działanie sprzeczne z wymogiem osobistej realizacji kluczowych części zamówienia ustanowionym w SIWZ. Dodatkowo odwołujący zwrócił uwagę, iż art. 22a ust. 4 Pzp stanowi, że 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. Przywołany przepis wymaga zatem udziału podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał wykonawcy (w trybie art. 22a ust. 1a Pzp) w realizacji takich usług, do realizacji których wymagane jest doświadczenia, jak opisane w treści danego warunku udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznych lub zawodowych. W przypadku postępowania – w opinii odwołującego – nie sposób jednakże przypisać, w związku z którymi usługami

wymienionymi w Załączniku nr 1 do SIWZ pt. Opis Przedmiotu Zamówienia (zwanym dalej: „OPZ”) został sformułowany warunek udziału w postępowaniu opisany w cz. IV pkt 2 lit c1) SIWZ, czyli ten, którego spełnienia zostało wykazane przez odwołującego przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego. Innymi słowy, nawet wówczas, gdyby uznać tak, jak czyni to zamawiający, iż zastrzeżenie kluczowych części zamówienia na usługi (dokonane w trybie art 36a ust 2 pkt 1 Pzp) wyłącza dopuszczalność korzystania z potencjału podmiotu trzeciego z uwagi na konieczność wzięcia udziału przez podmiot trzeci w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy (czemu odwołujący stanowczo zaprzeczył), to w realiach niniejszego postępowania nie wiadomo czy warunek udziału w postępowaniu dotyczy tych usług, w stosunku do których sformułowano obowiązek osobistego ich wykonania. Odwołujący zwrócił uwagę, że przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu polegał na wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zadania obejmującego eksploatację 6 000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy. Jeżeli porównać treść tego warunku z opisem przedmiotu zamówienia, to w ocenie odwołującego nie sposób uznać, iż warunek ten jest uzasadniony wyłącznie z uwagi na te czynności, które w opisie przedmiotu zamówienia zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców. Jak zwrócił uwagę odwołujący, pkt 1 OPZ stanowi, że przedmiot zamówienia obejmuje prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego będących majątkiem gminy w eksploatacji zamawiającego. Z kolei, zgodnie z pkt 2 OPZ, zakres czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych oświetlenia drogowego obejmuje dwie kategorie:

- czynności rozliczane miesięcznie wg stawki ryczałtowej (ppkt 2.1. OPZ);
- czynności rozliczane wg kosztorysów powykonawczych na podstawie odrębnych zleceń rozliczane wg czynników cenotwórczych (R, S, Kp, Z, M) podanych w Sekocenbudzie z kwartału realizacji danego zlecenia oraz norm określonych w obowiązujących katalogach (ppkt 2.2. OPZ). Czynności wskazane w ppkt 2.1. OPZ zostały objęte zastrzeżeniem obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę (vide: pkt 6.14 OPZ).

Zdaniem odwołującego analizując OPZ nie sposób nie zauważyć, iż zarówno czynności rozliczane miesięcznie wg stawki ryczałtowej, (ppkt 2.1. OPZ), jak i czynności rozliczane wg kosztorysów powykonawczych (ppkt 2.2. OPZ) przez samego zamawiającego zostały nazwane *czynnościami eksploatacyjnymi i konserwacyjnymi oświetlenia drogowego*. Czynności te, w aspekcie technicznym, nie mają więc odmiennego charakteru, a różnią się pomiędzy sobą jedynie w odniesieniu do sposobu rozliczania wynagrodzenia za ich

wykonanie (czynności z ppkt 2.1. OPZ - rozliczenie ryczałtowe, zaś czynności z ppkt 2.2. OPZ - rozliczenie wg kosztorysów powykonawczych). Jak zatem widać obie grupy czynności posiadają taki charakter, który uzasadnia postawienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa cz. IV pkt 2 lit c1) SIWZ (zadanie obejmujące eksploatację 6 000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych). Tym samym opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ został tak sformułowany przez zamawiającego, iż nie wiadomo czy warunek udziału w postępowaniu jest powiązany z tymi usługami, w stosunku do których sformułowano obowiązek osobistego ich wykonania (ppkt 2.1. OPZ) czy też usługami nie objętymi tym wymaganiem (ppkt 2.2. OPZ). Ten stan rzeczy powoduje, że już *ab initio* nie można stwierdzić, czy podmiot trzeci udostępniający wykonawcy swój potencjał w trybie art. 22a ust. 1 Pzp i art. 22a ust. 4 Pzp weźmie udział w realizacji tych części zamówienia, dla których zamawiający zastrzegł obowiązek osobistej realizacji. W związku z tym odwołujący stwierdził, że wobec takiej konstrukcji SIWZ trudno mówić o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. W tym zakresie judykatura KIO konsekwentnie i niezmiennie prezentuje linię orzeczniczą, w myśl której sprzeczność treści oferty z treścią SIWZ musi być jednoznaczna.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp odwołujący wskazał, że z uwagi na wskazane powyżej okoliczności faktyczne i prawne jego oferta nie była oceniana w ramach kryteriów oceny ofert. Powyższa sytuacja doprowadziła do wyboru, jako oferty najkorzystniejszej, oferty która nie ma tego przymiotu prawnego. W przypadku, gdyby zamawiający nie dokonał nieuprawnionego odrzucenia oferty odwołującego, to ta właśnie oferta byłaby ofertą najkorzystniejszą w znaczeniu, o którym mowa w art. 91 ust. 1 Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Zamawiający w dniu 13 grudnia 2020 r. przesłał pismo w którym oświadczył, że uznaje odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4 odwołania tj. art. 22a ust. 4 Pzp (w tym również w zw. z art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp) przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, iż realne udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie warunku udziału w postępowaniu dot. wiedzy i doświadczenia jest tożsame z zaangażowaniem podmiotu trzeciego przekazującego swój potencjał w charakterze podwykonawcy. Dodatkowo zamawiający wskazał, że w związku z powyższym przystąpi do czynności unieważnienia odrzucenia oferty odwołującego, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzy czynność oceny ofert.

Wykonawca zgłaszający przystąpienie po stronie zamawiającego w piśmie stanowiącym informację o zgłoszeniu przystąpienia wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zgłaszający przystąpienie w przedmiotowym piśmie wyjaśnił także, że treść warunku wskazanego w rozdziale IV pkt 2 lit. c1) SIWZ jednoznacznie wskazuje, iż przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu dotyczył doświadczenia wykonawcy ubiegającego się o przyznanie mu przedmiotowego zamówienia publicznego. O ile zatem treść art. 22a ust. 1 Pzp nie przesądza o treści stosunku prawnego łączącego wykonawcę składającego ofertę z podmiotem trzecim na którego zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej polega wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o tyle art. 22a ust. 4 Pzp jednoznacznie wskazuje, iż „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”. Wymóg zrealizowania części zamówienia, z którymi wiąże się udostępniany zasób, należy rozumieć w ocenie zgłaszającego przystąpienie, jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę (wyrok KIO z 17 grudnia 2018r. sygn. akt KIO 2480/18). Zgłaszający przystąpienie zaznaczył również, iż zgodnie ze stanowiskiem KIO „Udział w realizacji zamówienia poprzez doradztwo i konsultacje nie jest wystarczający do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 p.z.p. - inny podmiot ma bowiem nie wziąć udziału w realizacji zamówienia a jest zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie w jakim udostępnił własne zasoby. (...) Realne udostępnienie zasobów może polegać wyłącznie na wykonaniu przez podmiot udostępniający, usług lub robót budowlanych, do których takie zdolności są wymagane” (wyrok KIO z 20 lutego 2018r. o sygn. akt KIO 211/18).

Zgłaszający przystąpienie zwrócił również uwagę, że Urząd Zamówień Publicznych w Informatorze nr 3/2019 jednoznacznie wskazał, iż „w sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby powinien w sposób wyraźny zobowiązać się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. W świetle powyższego stwierdzić należy, iż realizacja robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia nie może polegać na jakimkolwiek uczestnictwie w wykonywaniu zamówienia, lecz musi przybrać postać faktycznej realizacji robót, do których udostępniane zdolności są wymagane”.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego podtrzymał stanowisko zawarte w piśmie z dnia 13 stycznia 2020 r. i oświadczył, że uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu wskazanego w pkt 4 petitum odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 22a ust 4 Pzp (w tym również w związku z art. 36a ust 2 pkt 1 Pzp). Ponadto zamawiający oświadczył, że zgodnie z treścią ww. pisma, że unieważni czynność odrzucenia oferty odwołującego, unieważni czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz powtórzy czynność oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp skutkujących odrzuceniem odwołania.

Ponadto należy wskazać, że Izba uznała za niezasadny wniosek zamawiającego, sformułowany na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego o uznaniu zarzutu wskazanego w pkt 5 odwołania za spóźniony. Zamawiający wyjaśnił, że powyższy zarzut dotyczył postanowień opisu przedmiotu zamówienia oraz SIWZ w związku z tym termin na kwestionowanie takich postanowień już minął. W zakresie przedmiotowego wniosku Izba stanęła na stanowisku, że przez zarzut podniesiony w pkt 5, odwołujący nie podważał postanowień SIWZ, ani opisu przedmiotu zamówienia. Co prawda odwołujący odniósł się przy opisie tego zarzutu do treści warunku udziału w postępowaniu oraz jego powiązania do opisu przedmiotu zamówienia, ale te odniesienia należy co najwyżej potraktować jako nawiązanie do stanu faktycznego, który miał miejsce podczas oceny oferty odwołującego, a sam zarzut w ocenie Izby dotyczył sposobu oceny oferty odwołującego.

Z powyżej wskazanych względów Izba zdecydowała o nieuwzględnieniu wniosku zamawiającego i skierowała na rozprawę wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego, jako uczestnika wykonawcę – ELEKTROTIM S.A. z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej: „przystępującym”).

Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec częściowego uwzględnienia zarzutów przez zamawiającego tj. wobec uwzględnienia zarzutu przedstawionego w pkt 4 odwołania. Wobec tego dla porządku należy stwierdzić, że zamawiający uwzględnił zarzut z pkt 4 odwołania, lecz odwołanie zostało w tym zakresie rozpoznane wskutek wniesienia sprzeciwu przez przystępującego. W tym zakresie spór przed Izbą toczył się zatem między wnoszącym sprzeciw przystępującym a odwołującym. W pozostałym zakresie, podlegającym merytorycznemu rozpoznaniu, zamawiający nie uwzględnił zarzutów odwołania, zatem spór toczył się pomiędzy nim a odwołującym.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z dokumentacji przekazanej do akt sprawy w dniu 13 stycznia 2020 r. przez zamawiającego, w tym w szczególności z treści:

- SIWZ wraz z załącznikami;
- formularza ofertowego złożonego przez odwołującego;
- zobowiązania MKKM z dnia 13 grudnia 2019 r. do oddania zasobów;
- pisma z dnia 23 grudnia 2019 r. zawierającego informacje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz informacje o odrzuceniu oferty odwołującego wraz z uzasadnieniem.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale III ust. 8 SIWZ zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawców kluczowych części zamówienia w zakresie o którym mowa w pkt 2.1. OPZ. Przedmiotowe zastrzeżenie zostało także wskazane w pkt 6.14. opisu przedmiotu zamówienia.

W rozdziale IV ust. 2 lit. c tiret c1) SIWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

wykonali, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonują, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jedno zadanie obejmujące eksploatację 6 000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy.*

**- pod pojęciem „drogi bez ograniczenia w ruchu” zamawiający rozumie: prowadzenie eksploatacji urządzeń oświetlenia drogowego poza godzinami szczytu bez wprowadzania zmian w organizacji ruchu.*

W pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia zamawiający określił zakres czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych oświetlenia drogowego. Ppkt 2.1 opisu przedmiotu

zamówienia (określający czynności zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców), dotyczył czynności rozliczanych miesięcznie wg stawki ryczałtowej i wskazywał czynności wyszczególnione od lit. a) do lit. p). Natomiast ppkt 2.2 opisu przedmiotu zamówienia dotyczył czynności rozliczanych wg kosztorysów powykonawczych na podstawie odrębnych zleceń rozliczanych wg czynników cenotwórczych (R, S, Kp, Z, M) podanych w Sekocenbudzie z kwartału realizacji danego zlecenia oraz norm określonych w obowiązujących kategoriach podanych w lit. od a) do d).

Odwołujący w zakresie powyżej podanego warunku udziału w postępowaniu polegał na potencjale udostępnionym mu przez wykonawcę MKKM i przedstawił zobowiązanie tego podmiotu sporządzone na wzorze załączonym do formularza ofertowego.

W dniu 23 grudnia 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyniku postępowania. W informacji tej m.in. zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego. Jako podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z kolei opisując okoliczności faktyczne mające stanowić przyczynę odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający podał:

Oferta nr 2 ELEMONT Sp. z o.o. została odrzucona, ponieważ Wykonawca w ofercie wskazał informację, że będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego w celu uzyskania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Doświadczenie jakiego żądał Zamawiający obejmuje kluczowe części zamówienia. Zgodnie z art 22a ust 4 ustawy Pzp w odniesieniu, do warunków dotyczących doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innego podmiotu, jeżeli podmiot ten zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Oznacza to, że podmiot trzeci musi być podwykonawcą w zakresie czynności wskazanych w warunku uczestnictwa, a to z kolei jest niezgodne z treścią SIWZ pkt 8 część III, ponieważ kluczowe części zamówienia muszą być wykonane osobiście przez Wykonawcę.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;*
- art. 63 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2014/24/UE – *1. W odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 3, oraz kryteriów dotyczących zdolności technicznej i zawodowej, określonych zgodnie z art. 58 ust. 4, wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolności innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. W odniesieniu do kryteriów dotyczących wykształcenia i kwalifikacji zawodowych, określonych w załączniku XII część II lit. f), lub dotyczących stosownego doświadczenia zawodowego, wykonawcy mogą jednak polegać na zdolności*

innych podmiotów tylko wtedy, gdy te ostatnie zrealizują roboty budowlane lub usługi, odnośnie do których takie zdolności są niezbędne. W przypadku gdy wykonawca chce polegać na zdolności innych podmiotów, musi udowodnić instytucji zamawiającej, że będzie dysponował niezbędnymi zasobami, przedstawiając na przykład w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

Instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Instytucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia. Jeżeli wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w odniesieniu do kryteriów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej, instytucja zamawiająca może wymagać od wykonawcy i tych podmiotów solidarnej odpowiedzialności za realizację zamówienia.

Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, może polegać na zdolności członków tej grupy lub innych podmiotów.

2. W przypadku zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem lub instalacją w ramach zamówienia na dostawy, instytucje zamawiające mogą wymagać, aby określone kluczowe zadania były wykonywane bezpośrednio przez samego oferenta lub, w przypadku oferty złożonej przez grupę wykonawców, o której mowa w art. 19 ust. 2, przez uczestnika tej grupy;

- art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp – Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi;

- art. 22a ust. 1 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;

- art. 22a ust. 4 Pzp – 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. 91 ust. 1 Pzp – Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

- art. 7 ust. 3 Pzp - *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołanie dotyczyło czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego. W ocenie Izby punktem wyjścia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy była treść informacji z dnia 23 grudnia 2019 r. zawierająca podstawę prawną oraz uzasadnienie dla tej czynności. Jak wynika z ww. informacji, podstawą prawną odrzucenia oferty odwołującego był art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż zamawiający uznał, że treść oferty tego wykonawcy nie odpowiadała treści SIWZ. W uzasadnieniu odrzucenia, które zostało zacytowane powyżej, zamawiający w pierwszej kolejności wskazał, że odwołujący będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego w celu uzyskania potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia. Następnie zamawiający oznajmił, iż doświadczenie jakie żądał obejmowało kluczowe części zamówienia, po czym *de facto* zacytował treść art. 22a ust. 4 Pzp oraz kategorycznie stwierdził, że podmiot trzeci musi być podwykonawcą w zakresie czynności wskazywanych w warunku uczestnictwa, co było niezgodne postanowieniami SIWZ wskazanymi w rozdziale III ust. 8.

Izba uznała, że referowane powyżej ustalenia zamawiającego należy uznać za co najmniej przedwczesne, ponieważ odwołujący w żadnym z postanowień swojej oferty, ani w żadnym z dokumentów załączonych do swojej oferty nie wskazywał, że podmiot trzeci udostępniający swoje zasoby tj. MKKM będzie jego podwykonawcą, ani tym bardziej, że MKKM będzie realizował czynności, które zostały zastrzeżone przez zamawiającego do osobistej realizacji zamówienia przez wykonawców. W szczególności informacja taka nie była zawarta w ofercie, ani w zobowiązaniu o udostępnieniu zasobów przez MKKM, które zostało załączone do oferty odwołującego. Ponadto pkt 10 formularza ofertowego, złożonego przez odwołującego, zawierał jednoznaczne stwierdzenie, że odwołujący nie zamierza korzystać przy realizacji zamówienia z pomocy podwykonawców. Tym samym Izba przyznała rację odwołującemu, iż nie wiadomo w jaki sposób zamawiający ustalił i przyjął, że odwołujący zamierza realizować kluczowe części zamówienia, zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawcę, przy pomocy MKKM jako podwykonawcy. Istotnym było również to, że zamawiający nie zwracał się do odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp o wyjaśnienie treści oferty, co wskazuje, że stanowisko zamawiającego oparte było jedynie na jego własnych założeniach.

Jak wskazano powyżej w zakresie zarzutu podniesionego w pkt 4 odwołania zamawiający przyznał rację odwołującemu i uwzględnił ten zarzut uznając, że udostępnienie zasobów przez podmiot trzeci na okoliczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie wiąże się równocześnie z tym, iż taki podmiot trzeci będzie automatycznie podwykonawcą u wykonawcy składającego ofertę. Z tym stanowiskiem nie zgodził się przystępujący, który stanął na stanowisku, że odwołujący nie był w stanie korzystać z doświadczenia podmiotu trzeciego w inny sposób, niż poprzez podwykonawstwo. Ponadto przystępujący wskazał, że w zakresie zarzutu, co do którego wniósł sprzeciw należy rozstrzygnąć dwie kwestie:

- po pierwsze w jakim charakterze podmiot trzeci będzie świadczył swoje usługi w tym postępowaniu;
- po drugie, czy spełnienie warunku udziału w postępowaniu w związku z udziałem podmiotu trzeciego pozwoli uznać, że odwołujący będzie samodzielnie realizował zamówienie w zakresie czynności wskazanych w ppkt 2.1 opisu przedmiotu zamówienia.

W dalszej kolejności przystępujący podkreślił, że przepis art. 22a ust 4 Pzp kładzie nacisk na realność udostępnienia zasobów oraz zwrócił uwagę na argumentację podaną w informatorze UZP nr 3/19, z której wynika, że zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno precyzyjnie określić zakres udostępnianego zasobu, a w przedmiotowej sprawie podmiot trzeci w jego ocenie nieprecyzyjnie określił ten zakres przy czym zakres tego udostępnienia dotyczył także czynności wskazanych w ppkt 2.1 opisu przedmiotu zamówienia, tj. przeznaczonych do osobistego wykonania przez wykonawcę.

Tok rozumowania zaprezentowany przez przystępującego jakkolwiek głęboko osadzony w okolicznościach przedmiotowego postępowania nie mógł w ocenie Izby przesądzić o oddaleniu zarzutu wskazanego w pkt 4. Warto przypomnieć, że zarzut ten opierał się na błędnym w ocenie odwołującego przyjęciu, iż realne udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego wiedzy i doświadczenia jest tożsame z zaangażowaniem podmiotu trzeciego przekazującego swój potencjał w charakterze podwykonawcy. Izba uznała, że rację w tym zakresie mieli odwołujący oraz zamawiający, który uwzględnił ten zarzut. W ocenie Izby nie można z góry zakładać, że realne udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej jest tożsame z zaangażowaniem podmiotu trzeciego przekazującego swój potencjał w charakterze podwykonawcy. Takie stanowisko wynika jednoznacznie z treści art. 22 ust. 4 oraz art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp. Natomiast to, jakie prawne skutki w związku z zastosowaniem tych przepisów wynikną dla wykonawcy zależy od czynności i działań podejmowanych przez zamawiającego. W stanie przedmiotowej sprawy – jak wskazano powyżej – zamawiający nie wyjaśniał tej kwestii, tj.

czy realność udostępnianego potencjału przez podmiot trzeci spowoduje, że odwołujący nie wykona osobiście zamówienia w zakresie czynności wskazanych w ppkt 2.1 opisu przedmiotu zamówienia w związku z tym należy uznać, iż kierował się tylko przypuszczeniami. Nie ma przy tym znaczenia okoliczność, że przypuszczenia te były dość prawdopodobne, ponieważ korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego często przybiera postać podwykonawstwa, jednak nie można tego zakładać *a priori*. Ponadto podstawy odrzucenia oferty danego wykonawcy nie mogą opierać się na przypuszczeniach, choćby wysoce prawdopodobnych, a zamawiający przy ich ustalaniu powinien dążyć do rozwiania wszelkich wątpliwości wynikających zarówno z okoliczności faktycznych dotyczących oferty jak i ewentualnych niejednoznaczności lub sprzeczności treści SIWZ, interpretując je w ostateczności na korzyść tego wykonawcy.

Powyżej poczynione ustalenia dotyczą także pozostałych zarzutów wskazanych w odwołaniu, nieuwzględnionych przez zamawiającego. Szczególne znaczenie w kontekście tych ustaleń ma zarzut podniesiony w pkt 5 odwołania. W zakresie tego zarzutu Izba przyjęła argumentację odwołującego i uznała, że w realiach niniejszego postępowania nie można jednoznacznie uznać, że warunek udziału w postępowaniu dotyczył tych usług, w stosunku do których sformułowano obowiązek osobistego ich wykonania. Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu polegał na wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zadania obejmującego eksploatację 6 000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych bez ograniczenia w ruchu przez okres co najmniej 12 kolejnych miesięcy. Jeżeli porównać treść tego warunku z opisem przedmiotu zamówienia, to w ocenie Izby nie sposób uznać, iż warunek ten jest uzasadniony wyłącznie z uwagi na te czynności, które w opisie przedmiotu zamówienia zostały zastrzeżone do osobistego wykonania przez wykonawców. Pkt 1 opisu przedmiotu zamówienia stanowił, że przedmiot zamówienia obejmuje prowadzenie czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych urządzeń oświetlenia drogowego będących majątkiem gminy w eksploatacji zamawiającego. Z kolei, zgodnie z pkt 2 opisu przedmiotu zamówienia, zakres czynności eksploatacyjnych i konserwacyjnych oświetlenia drogowego obejmuje dwie kategorie:

- czynności rozliczane miesięcznie wg stawki ryczałtowej (ppkt 2.1);
- czynności rozliczane wg kosztorysów powykonawczych na podstawie odrębnych zleceń rozliczane wg czynników cenotwórczych (R, S, Kp, Z, M) podanych w Sekocenbudzie z kwartału realizacji danego zlecenia oraz norm określonych w obowiązujących katalogach (ppkt 2.2).

W ocenie Izby zarówno czynności rozliczane miesięcznie wg stawki ryczałtowej, (ppkt 2.1), jak i czynności rozliczane wg kosztorysów powykonawczych (ppkt 2.2. OPZ) przez samego zamawiającego zostały nazwane czynnościami eksploatacyjnymi i konserwacyjnymi oświetlenia drogowego. Czynności te mimo tego, że nie zostały określone identycznie w treści obu podpunktów to w praktyce, mając na uwadze ich konstrukcję, różniły się pomiędzy sobą w odniesieniu do sposobu rozliczania wynagrodzenia za ich wykonanie (czynności z ppkt 2.1. – rozliczenie ryczałtowe, zaś czynności z ppkt 2.2. – rozliczenie wg kosztorysów powykonawczych). W związku z tym uzasadnione było stwierdzenie odwołującego, iż obie grupy czynności posiadają taki charakter, który uzasadnia postawienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV pkt 2 lit. c tiret c1) SIWZ (zadanie obejmujące eksploatację 6 000 sztuk punktów świetlnych na drogach publicznych). Tym samym opis przedmiotu zamówienia zawarty w SIWZ został tak sformułowany przez zamawiającego, iż nie wiadomo czy warunek udziału w postępowaniu jest powiązany z tymi usługami, w stosunku do których sformułowano obowiązek osobistego ich wykonania (ppkt 2.1) czy też usługami nie objętymi tym wymaganiami (ppkt 2.2). Ten stan rzeczy powodował, że bez wyjaśnienia tej kwestii, nie można stwierdzić, czy podmiot trzeci udostępniający wykonawcy swój potencjał w trybie art. 22a ust. 1 Pzp i art. 22a ust. 4 Pzp weźmie udział w realizacji tych części zamówienia, dla których zamawiający zastrzegł obowiązek osobistej realizacji. W związku z tym trudno było uznać, że oferta odwołującego była sprzeczna z treścią SIWZ.

Potwierdzenie znalazł także zarzut podniesiony w pkt 3 odwołania. Izba stwierdziła, że przepis art. 36 ust. 2 Pzp nie wyłącza uprawnienia wykonawcy do posłużenia się potencjałem podmiotu trzeciego na zasadzie art. 22a ust. 1 Pzp i art. 22a ust. 4 Pzp. Zakaz taki nie został wyrażony w żadnym przepisie Pzp, w tym w szczególności nie wynika on z treści art. 36 ust. 2 Pzp. Literalna treść przepisu art. 36 ust. 2 Pzp wyraża jedynie nakaz osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, a nie zakaz korzystania z uprawnień określonych w art. 22a ust. 1 Pzp i w art. 22a ust. 4 Pzp.

W związku z powyższym Izba uznała, że w wyniku odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 22a ust. 1 Pzp, art. 22a ust. 4 Pzp oraz art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp.

Jeśli chodzi o argumentację podaną przy uzasadnieniu zarzutu podniesionego w pkt 2 odwołania to Izba uznała ją za pomocniczą oraz komplementarną wobec powyżej wskazanych zarzutów i w taki sam sposób potraktowała sam zarzut wskazany w tym punkcie. Izba stwierdziła, że art. 22a ust. 4 Pzp oraz art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp, stanowią transpozycję do polskiego porządku prawnego treści art. 63 ust. 1 i 2 Dyrektywy 2014/24/UE. Można przy tym bez cienia ostrożności założyć, że ww. przypisy Dyrektywy 2014/24/UE, zostały prawidłowo zaimplementowane do polskiego porządku prawnego, zatem cała

argumentacja odwołującego odnosząca się do prowsólnotowej wykładni tych przepisów ma oczywiście swoją wartořć, ale w tym wypadku decydujące znaczenie miały przepisy Pzp.

W konsekwencji potwierdzenia się powyżej wskazanych zarzutów uwzględnieniu podlegały takż zarzuty zawarte w pkt 6 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Pzp, ponieważ oferta odwołującego nie była oceniana w ramach kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ oraz zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty która na tamten moment nie miała takiego przymiotu prawnego.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Z kolei, jak wynika z art. 186 ust. 6 pkt 3 Pzp, koszty postępowania odwoławczego w okolicznościach, o których mowa w ust. 4 ponosi:

- a) odwołujący, jeżli odwołanie zostało oddalone przez Izbę,
- b) wnoszący sprzeciw, jeżli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę.

Odwołanie zostało uwzględnione przez zamawiającego w części dotyczącej zarzutu z pkt 4 odwołania, lecz zostało w tym zakresie rozpoznane wskutek wniesienia sprzeciwu przez przystępującego. W tym zakresie spór przed Izbą toczył się zatem między wnoszącym sprzeciw przystępującym, a odwołującym. Ponieważ odwołanie w omawianej części zostało uwzględnione, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił wnoszący sprzeciw, na zasadzie art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp.

W pozostałym zakresie, podlegającym merytorycznemu rozpoznaniu, zamawiający nie uwzględniał zarzutów odwołania, zatem spór toczył się pomiędzy nim a odwołującym. Odwołanie w tej części podlegało uwzględnieniu, zatem odpowiedzialność za wynik postępowania odwoławczego ponosił zamawiający, na zasadzie art. 192 ust. 10 Pzp.

W tej sytuacji Izba, kierując się zasad odpowiedzialności za wynik postępowania wynikającą z art. 192 ust. 10 Pzp i treścią art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp, obciążyła kosztami postępowania przystępującego i zamawiającego, każdego w wysokořci po ½. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis w wysokořci 7 500 zł uiszczony przez

odwołującego oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600 zł, a więc łącznie 11 100 zł. W tej sytuacji Izba zasadziła zarówno od zamawiającego jak i od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę po 5 550 zł (11 100 zł x ½).

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10, art. 186 ust. 6 pkt 3 lit. b Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 2 pkt 1 i pkt 2 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: