

Sygn. akt KIO 2111/19

WYROK
z dnia 31 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 października 2019 r. przez wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. w Częstochowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Jerzmanowice-Przebinia w Jerzmanowicach-Przebinii

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. w Częstochowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. w Częstochowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. w Częstochowie na rzecz Gminy Jerzmanowice-Przebinia w Jerzmanowicach-Przebinii kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Jerzmanowice-Przegonia w Jerzmanowicach-Przegonii – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako: „ustawa” lub „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych zbieranych selektywnie oraz odbiór odpadów komunalnych zmieszanych od właścicieli nieruchomości, na których powstają odpady komunalne, położonych na terenie gminy Jerzmanowice - Przegonia oraz zagospodarowanie odpadów zmieszanych i selektywnie zebranych w zakresie frakcji: papier, tektura, tworzywa sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe, szkło i odpady wielkogabarytowe. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 157-388098 w dniu 16 sierpnia 2019 r. Wartość zamówienia jest większa niż kwota wskazana w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

21 października 2019 r. wykonawca W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. w Częstochowie wniósł odwołanie wobec:

- I. czynności wezwania z dnia 27 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia dokumentów, w tym również zaniechania przez zamawiającego wezwania do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby (spółki S. i Synowie Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia;

a w konsekwencji:

- II. wykluczenia go z postępowania oraz
- III. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez spółkę pod firmą Zakład Gospodarki Komunalnej „BOLESŁAW” Sp. z o.o. z siedzibą w Bolesławiu.

Wymienionym zaniechaniom i czynnościom odwołujący zarzucił naruszenie:

I. w odniesieniu do czynności wezwania z 27 września 2019 r. do złożenia wyjaśnień oraz przedłożenia dokumentów:

1. art. 26 ust. 3 Pzp przez jego błędne zastosowanie objawiające się niejednoznacznością i nieprecyzyjnym sformułowaniem jego treści, polegającym na braku wskazania, przedłożenia jakich konkretnie dokumentów domaga się zamawiający w razie oświadczenia przez odwołującego w treści formularza JEDZ, że przy realizacji zadania objętego postępowaniem będzie on polegał na zasobach (potencjale technicznym) innego podmiotu;
2. art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp przez brak wezwania odwołującego do

zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby (spółki S. i Synowie Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami albo złożenia oświadczenia w przedmiocie zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia, w sytuacji gdy brak złożenia JEDZ dotyczącego podmiotu trzeciego uznany został przez zamawiającego jako brak potwierdzenia przez odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

II. w odniesieniu do wykluczenia odwołującego:

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 22a ust. 6 Pzp przez nieprawidłowe uznanie, iż odwołujący nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkowało wykluczeniem go z udziału w postępowaniu i odrzuceniem złożonej przez niego oferty, w sytuacji gdy zamawiający zaniechał obligatoryjnego zażądania od odwołującego, aby w terminie wyznaczonym zastąpił podmiot trzeci udostępniający zasoby (spółkę S. i Synowie Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania zamówienia;

III. w odniesieniu do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ZGK BOLESŁAW:

4. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 2 pkt 5 Pzp i Rozdziałem 13, pkt 2-4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 22a ust. 6 Pzp przez uznanie za najkorzystniejszą ofertę złożoną przez ZGK BOLESŁAW, w sytuacji gdy zaniechanie przez zamawiającego obligatoryjnego zażądania od odwołującego, aby w terminie wyznaczonym zastąpił podmiot trzeci udostępniający zasoby (spółkę S. i Synowie Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązał się do osobistego wykonania zamówienia, doprowadziło do błędnego wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, która w razie jej uwzględnienia, zgodnie z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, osiągnęłaby najwyższą liczbę punktów, co skutkowałoby uznaniem jej za najkorzystniejszą.

Wskazując na te naruszenia odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności, polegających na badaniu i ocenie ofert, w tym czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ZGK BOLESŁAW, wezwanie odwołującego na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia. Żądał również zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Nie zgłoszono przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas

której odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W rozdziale 2, pkt I ppkt 2, Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako: „SIWZ”, zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia złożył wraz z ofertą oświadczenie w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, dalej jako „JEDZ”. W sytuacji powołania się, w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, na zasoby innego podmiotu zamawiający wymagał złożenia zobowiązania do udostępnienia zasobów przez ten podmiot zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik do SIWZ oraz oświadczenia JEDZ tego podmiotu. W takim przypadku wykonawca zobowiązany do wskazania podmiotu udostępniającego zasoby w JEDZ.

Wzór JEDZ załączony do SIWZ stanowi w części II sekcja C, że w przypadku zaznaczenia opcji korzystania będzie z zasobów innego podmiotu/innych podmiotów, należy złożyć odrębny formularz JEDZ, dla tego podmiotu/każdego z tych podmiotów.

W odpowiedzi odwołujący złożył JEDZ, w którym nie wskazał udziału innego podmiotu w wykonaniu zamówienia, jednak złożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów przez S. i Synowie Sp. z o.o. w Częstochowie.

Pismem z 27 września 2019 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, uzupełnienia dokumentów w zakresie JEDZ. Zamawiający podał, że w części II sekcji C odwołujący wskazał, że nie będzie polegał na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji, co stoi w sprzeczności ze złożonym wraz z ofertą zobowiązaniem podmiotu S. i Synowie Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji potencjału technicznego. Zamawiający poprosił o jednoznaczne wskazanie, czy odwołujący będzie, czy nie będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich. Zamawiający wskazał również, że jako podmiot publiczny zobowiązany jest do kontroli regulowania zobowiązań wobec podmiotów trzecich udostępniających swe zasoby przy realizacji zamówienia publicznego, w związku z czym jeżeli wykonawca na potrzeby prowadzonego postępowania będzie korzystał ze sprzętu podmiotu trzeciego należy przedstawić stosowne dokumenty i wyjaśnienia. Zamawiający pouczył, że wyjaśnienia wraz z dokumentami w zakresie rozbieżności pomiędzy oświadczeniami złożonymi wraz z ofertą, należy złożyć w formie elektronicznej i opatrzyć kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w wyznaczonym terminie. Podkreślił, że przedkładane oświadczenie powinno potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych przez zamawiającego lub brak podstaw do wykluczenia, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

W odpowiedzi na wezwanie odwołujący przesłał zamawiającemu poprawiony własny JEDZ, w którym w sekcji C, części II JEDZ przez nakreślenie znaku „X” przy słowie „TAK”, wskazał, że będzie polegał na zdolności innych podmiotów. Nie złożył natomiast oświadczenia w formie JEDZ dla podmiotu udostępniającego zasoby, tj. spółki S. i Synowie Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z 9 października 2019 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu. Wskazał także, że zgodnie z zapisami oświadczenia JEDZ w części II sekcja C, w przypadku zaznaczenia opcji, iż wykonawca korzystał będzie z zasobów innego podmiotu, należy przedłożyć odrębny formularz JEDZ, dla tego podmiotu (każdego z nich). Zamawiający powołał się również na zapisy umieszczone w Rozdziale 2 pkt I ppkt 2 SIWZ, wskazujące na obowiązek złożenia JEDZ przez podmiot udostępniający swe zasoby.

W związku z tym odwołujący wniósł odwołanie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Jest wykonawcą, który złożył ofertę i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uznania jego oferty za najkorzystniejszą oraz zawarcia umowy z zamawiającym.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie podzieliła poglądu odwołującego, że wezwanie z 27 września 2019 r. było niejasne, gdyż zamawiający nie wskazał wprost, że żąda złożenia JEDZ podmiotu udostępniającego inne zasoby. Dostrzec bowiem trzeba, że podstawowym celem wezwania było uzyskanie informacji, czy odwołujący zamierza przy wykonywaniu zamówienia korzystać z zasobów innego podmiotu, na co wskazywałoby złożenie wraz z ofertą zobowiązania do udostępnienia zasobów przez S. i Synowie Sp. z o.o., bądź czy zamierza zamówienie wykonać samodzielnie, na co wskazywał brak zamieszczenia informacji o wykorzystaniu zasobów innego podmiotu w JEDZ odwołującego. Żądaniem zamawiającego było zatem w pierwszej kolejności usunięcie sprzeczności w oświadczeniach złożonych przez odwołującego wraz z ofertą.

Odwołujący mógł w takiej sytuacji, albo wskazać, że zamówienie wykona samodzielnie (zgodnie ze złożonym JEDZ) i nie uzupełniać żadnych oświadczeń, albo wskazać, że przy wykonaniu zamówienia będzie korzystał z zasobów innych podmiotów. W

takiej sytuacji obowiązkiem odwołującego było złożenie poprawionego własnego JEDZ z zaznaczeniem w sekcji C, części II JEDZ opcji „TAK” oraz złożenie JEDZ podmiotu udostępniającego zasoby.

Zamawiający wyraźnie wskazał w treści wezwania, że w przypadku powołania się na zasoby innych podmiotów należy złożyć stosowne dokumenty, co Izba uznaje za wystarczającą treść wezwania. Odwołujący – pomimo, że na obowiązek taki zamawiający nie wskazał w treści wezwania – nie miał kłopotów z ustaleniem sposobu uzupełnienia własnego JEDZ, jednak niekonsekwentnie zaniedbał tego w odniesieniu do podmiotu udostępniającego swe zasoby, pomimo tego, że obowiązek taki wynikał wprost z SIWZ i wzoru JEDZ. Do regulacji tych odwołujący, jako podmiot gospodarczy zobowiązany do profesjonalizmu wynikającego z zawodowego charakteru swojej działalności, powinien bezwzględnie się odwołać, wobec stwierdzenia przez zamawiającego w treści wezwania, że złożone dokumenty powinny potwierdzać brak podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Jeśli natomiast treść wezwania nie była dla odwołującego jasna, mógł i powinien był kwestie te wyjaśnić przed złożeniem dokumentów, zwracając się do zamawiającego o doprecyzowanie wezwania albo wnosząc odwołanie wobec treści wezwania.

Odwołujący odpowiadając na wezwanie nie wskazał zamawiającemu, choć miał taką możliwość, że zamówienie wykona samodzielnie. Obecnie domaganie się, aby zamawiający umożliwił odwołującemu powołanie się na tę możliwość, jest nie tylko spóźnione, ale stanowiłoby ponowne wezwanie wykonawcy odnoszące się do tej samej okoliczności, co jest niedopuszczalne. Skoro odwołujący – jak twierdził na rozprawie – posiada zasoby umożliwiające mu samodzielne wykonanie zamówienia, mógł i powinien był wskazać to zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z 27 września 2019 r., a tego nie uczynił.

Ta konstatacja jest wystarczająca do uznania odwołania za niezasadne, gdyż w okolicznościach sporu wezwanie w trybie art. 22a ust. 6 Pzp stanowiłoby drugie wezwanie w odniesieniu do tej samej okoliczności. Odwołanie nie podlega uwzględnieniu również z tego względu, że w sytuacji dokonania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający nie jest uprawniony do kolejnego wezwania na podstawie art. 22a ust. 6 Pzp.

Art. 22a ust. 6 ustawy stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykáže zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których

mowa w ust. 1.

Przepis określa działania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje, nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem lub nie potwierdzi braku podstaw do wykluczenia. Działania owe polegają na obligatoryjnym zażądaniu od wykonawcy, aby w sytuacji, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie wykazał posiadania zasobu lub braku podstaw do wykluczenia – samodzielnie wykazał ten zasób lub zastąpił ten podmiot trzeci innym podmiotem trzecim. Art. 26 ust. 3 ustawy głosi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Brzmienie tego przepisu zostało zmienione nowelizacją ustawy z 2016 roku, jednak jego wykładnia nie uległa zmianie. Aktualne pozostaje stanowisko wynikające z orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej sprzed nowelizacji w zakresie: (1) obligatoryjności takiego wezwania, jeśli zająd wskazane w przepisie okoliczności oraz (2) dopuszczalności tylko jednokrotnego wzywania wykonawcy o konkretny brakujący lub nieprawidłowy lub niepotwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu (brak podstaw do wykluczenia, spełniania kryteriów selekcji) dokument. Jeśli po zastosowaniu procedury wezwania, wykonawca nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu lub brak jest podstaw do wykluczenia – wykonawca taki podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Z zestawienia tych norm wynika, że regulacja wyrażona w art. 26 ust. 3 ustawy jest jedyną regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie dokumentów w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, niezależnie, czy dotyczą one wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, czy też wykonawcy wykazującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego. Przepis art. 22a ust. 6 Pzp może zatem jedynie określać sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 Pzp wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może albo dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego

pierwotnie, albo skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy tj. na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu. Stanowisko takie zostało ukształtowane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (*vide*: wyrok KIO 941/18 z dnia 1 czerwca 2018 r., opubl. LEX nr 2548917; wyrok KIO 572/18 z dnia 12 kwietnia 2018 r. opubl. LEX nr 2515223; wyrok KIO 491/18 z dnia 29 marca 2018 r., opubl. LEX nr 2508435; wyrok KIO 2073/17 z dnia 18 października 2017 r., opubl. LEX nr 2407304; wyrok KIO 583/17 z dnia 11 kwietnia 2017 r., opubl. LEX nr 2284239, wyrok KIO 1883/19 z dnia 8 października 2019 r. niepubl.). Pogląd taki został wyrażony również w opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” (<https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/pytania-i-odpowiedzi-dotyczace-nowelizacji-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-2/relacja-art.-22a-ust.-6-do-art.-26-ust2.-3-ustawy-prawo-zamowien-publicznych> data dostępu: 31 października 2019 r.).

Odwołujący, który zignorował wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp i nie złożył wymaganych dokumentów ani informacji dotyczących podmiotu trzeciego, pomimo potwierdzenia, że będzie korzystał z jego zasobów przy wykonywaniu zamówienia, nie może następnie skutecznie domagać się kolejnego wezwania do dokonania czynności, o których mowa w art. 22a ust. 6 Pzp. Tym samym stwierdzić należy, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z czym czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy była prawidłowa.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: