

**Sygn. akt: KIO 1570/15**

**WYROK**  
**z dnia 7 sierpnia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Joanna Borowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 lipca 2015 r. przez Odwołującego **Eurocity Recykling Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą we Wrocławiu przy Pl. Solny 14, lok. 3, 50-062 Wrocław

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Kobierzyce**, Urząd Gminy Al. Pałacowa 1, 55-040 Kobierzyce

**orzeka:**

**1 Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego Eurocity Recykling Poland Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy Pl. Solny 14, lok. 3, 50-062 Wrocław i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr.** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego Eurocity Recykling Poland Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

2.2 Zasądza od Odwołującego Eurocity Recykling Poland Spółka z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przy Pl. Solny 14, lok. 3, 50-062 Wrocław na rzecz Zamawiającego - Gminy Kobierzyce kwotę **674 zł 95 gr.** (słownie: sześćset siedemdziesiąt cztery złote, dziewięćdziesiąt pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.) 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**

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Kobierzyce w trybie przetargu nieograniczonego na *wykonanie usługi utrzymania w czystości przystanków autobusowych, wiat przystankowych oraz opróżnianie koszy na śmieci stanowiących mienie Gminy Kobierzyce* (nr postępowania: RŚZiZP.271.0037.2015.002.15), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 18 czerwca 2015 r., poz. 89515, wobec czynności wykluczenia z postępowania, w dniu 24 lipca 2015 r. zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołania wykonawcy wykluczonego – Eurocity Recykling Poland Sp. z o.o. z/s we Wrocławiu (sygn. akt KIO 1570/15).

Zamawiający poinformował Odwołującego o czynności wykluczenia z postępowania w dniu 21.07.2015 r., drogą mailową (pismem z dnia 20.07.2015 r.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 2a ustawy Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności, albowiem Odwołujący wykazał dokumentami i w sposób na tym etapie postępowania jak najbardziej wystarczający, że będzie korzystał i to w sposób rzeczywisty z doświadczenia podmiotu trzeciego, a tym samym spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 2) art. 24 ust. 2a Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego w sytuacji, gdy brak było przesłanek do dokonania takiej czynności, albowiem badanie rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia możliwe jest jedynie wobec wykonawcy, a więc podmiotu, który ubiega się o dane zamówienie, złożył ofertę w postępowaniu, który ma szansę je uzyskać i z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia, a nie wobec podmiotu trzeciego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia (odrzućcia oferty) Odwołującego z postępowania oraz unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący odniósł się do argumentacji prezentowanej przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20.07.2015 r., w którym wskazał, że przedstawiony przez Odwołującego sposób i zakres współpracy z B. F. jest niewystarczający dla przyjęcia, iż wykonawca udowodnił, iż realnie w toku realizacji przedmiotu zamówienia będzie dysponował wymaganymi przez zamawiającego zasobami wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego. Nadto skonstatował, że zawiązanie spółki Eurocity Recykling Poland sp. z o.o. w

dniu ogłoszenia przetargu o minimalnym kapitale zakładowym oraz powołanie się przez nią na doświadczenie B. F. prowadzi do obejścia przepisów prawa zamówień publicznych, wykluczających możliwość bezpośredniego ubiegania się przez ten podmiot o zamówienie publiczne udzielane przez Zamawiającego, a tym samym narusza zasady uczciwej konkurencji.

W ocenie Odwołującego złożone przez niego wyjaśnienia są pełne, konkretne i potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a postawa Zamawiającego wskazywać ma na dążenie Zamawiającego do wykluczenia Odwołującego z uwagi na jego powiązania z innymi podmiotami. Odwołujący wskazał na możliwość jaką daje art. 26 ust. 2b ustawy i nałożony w nim obowiązek udowodnienia Zamawiającemu dysponowania udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, któremu podołał podwójnie. Raz składając zobowiązanie B. F. i drugi raz precyzując dokładnie, czego domagał się Zamawiający. Odwołujący określił, iż B. F. przeprowadzi wstępne szkolenie pracowników w zakresie sposobu wykonywania czynności opróżniania koszy, sprzątania przystanków i operowania sprzętem czyszczącym, jak również będzie udzielał w tym zakresie niezbędnych konsultacji w całym czasie realizacji zamówienia. Będzie brał udział w przedmiotowym zamówieniu, choć nie będzie fizycznie wykonywał jego części, jego udział będzie polegał na udzielaniu stałych konsultacji, doradztwa i szkoleń. Wykonawca przez cały czas trwania zamówienia będzie mógł korzystać z tej wiedzy i doświadczenia, co czyni ich udostępnienie realnym. Uwzględniając przedmiot świadczenia obejmujący proste czynności sprzątania, nie wymagających wysokospecjalistycznej wiedzy, Zamawiający może liczyć na wykonanie zamówienia przez wykonawcę dającego rękojmię dostatecznej wiedzy i doświadczenia, koniecznych do prawidłowego wykonania zamówienia, na co wskazuje doświadczenie potwierdzone referencją na usługę wykonaną przez B. F. . Uwzględniając potencjał techniczny i osobowy wykonawcy nie jest on zdany w całości na podmiot trzeci i samodzielnie będzie wykonywać zamówienie, stosując się do wskazówek podmiotu trzeciego w trakcie realizacji.

Zamawiający w pkt IX siwz wskazał jakich konkretnie i w jakiej formie dokumentów i oświadczeń będzie żądać od wykonawcy. Odwołujący złożył kompletną pod względem formalnym i merytorycznym ofertę. Żądanie kolejnych dokumentów i informacji przez Zamawiającego w piśmie z dnia 13.07.2015 r. stanowiło zmianę decyzji co do rodzaju dokumentów wymaganych od wykonawców dokonaną po upływie terminu składania ofert i wykraczało poza katalog dokumentów zawartych w § 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzaju dokumentów (...) i pkt IX siwz.

Odnośnie twierdzenia Zamawiającego o obejściu przepisów prawa wykluczających możliwość bezpośredniego ubiegania się przez podmiot udostępniający swoje doświadczenie, Odwołujący uznał, iż faktycznie Zamawiającemu nie podoba się, że wspólnik

Eurocity Recykling Poland Sp. z o.o. K. G. już po raz trzeci miałyby brać udział w realizacji na rzecz Zamawiającego tożsamego zamówienia publicznego, które uprzednio zostało przez Zamawiającego wypowiedziane z winy wykonawców. Odwołujący odnośnie tej argumentacji podkreślił odrębność wynikającą z osobowości prawnej spółki Odwołującego od osób K. G. prowadzącej firmę pod nazwą Flora Outsourcing K. G.” oraz B. F. prowadzącego działalność pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowe B. F. . Odwołujący wskazał na przewidzianą w art. 22 ust.5 ustawy zdanie drugie możliwość badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności oraz doświadczenia jedynie wobec wykonawcy (w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy), a więc podmiotu ubiegającego się o zamówienie, który złożył ofertę i ma szansę je uzyskać i z którym zawarta zostanie umowa w sprawie zamówienia, a nie wobec podmiotów trzecich o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, czy też wobec ewentualnych podwykonawców, o których mowa w art. 36 ust. 4 ustawy. Również wyłącznie do wykonawców odnosi się art. 24 ust. 2a ustawy. Zamawiający w sposób nieuprawniony utożsamia Odwołującego z podmiotami trzecimi, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy. Ustawa nie uprawnia Zamawiającego do żądania od Odwołującego wykazania się, że ani on sam, ani podmiot, na doświadczenie i wsparcie którego może liczyć, podjęli konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Tym bardziej nie miał prawa stawiać Odwołującemu z tego tytułu jakichkolwiek zarzutów i wykluczyć go z postępowania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 5 sierpnia 2015 r.) wniósł o jego oddalenie w całości. Większość z argumentów Zamawiającego przytoczona została w stanowisku Izby i dla przejrzystości uzasadnienia nie będzie obecnie omawiana.

### **Stanowisko Izby**

Izba na posiedzeniu niejawnym przeprowadzonym z udziałem stron w dniu 6 sierpnia 2015 r. uznała, iż nie zachodzą przeszkody formalne uniemożliwiające rozpoznanie merytoryczne zarzutów i skierowała odwołanie na rozprawę. Postępowanie prowadzone jest według zasad określonych dla postępowań o wartości nie przekraczającej „progu unijnego”, stąd istotnym z punktu widzenia możliwości rozpoznania odwołania było ustalenie, czy odwołanie wniesione zostało w granicach zaskarżenia określonych w przepisach art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Zakres zarzutów odnosił się do czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, czyli jednej z czynności wymienionych w art. 180 ust. 2 pkt 3 ustawy , co czyniło niniejsze odwołanie dopuszczalnym.

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), tj. po zmianie dokonanej ustawą z dnia 29

sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz. U poz. 1232), zwanej dalej „ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy, tj. istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ocena ta prowadzona jest z uwzględnieniem zakresu zarzutów oraz skutków, jakie dla Odwołującego niosła zaskarżona decyzja o wykluczeniu z postępowania. Ponieważ Odwołujący kwestionuje czynność wykluczenia go z postępowania wskazując, na brak wypełnienia przesłanek do zastosowania dyspozycji przepisów wskazanych w podstawie decyzji, konsekwencją naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy byłoby przywrócenie Odwołującego do postępowania, a w konsekwencji przeprowadzenie oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego. W świetle powyższego nie może budzić wątpliwości ustalenie, iż Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, którego ochronie służy niniejsze odwołanie, jak również może ponieść szkodę w postaci utraty korzyści z jakimi wiąże się dla tego wykonawcy pozyskanie zamówienia.

W związku z powyższym Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno prawne do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przy rozpoznaniu odwołania Izba miała na uwadze całokształt okoliczności ustalonych w sprawie, które to ustalenia znajdują się poniżej.

Podstawa zarzutów sprowadza się do zaprzeczenia prawidłowości uznania przez Zamawiającego, iż wykonawca nie wykazał się spełnieniem warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia oraz podlega wykluczeniu w związku z naruszeniem obowiązków zawodowych w trakcie realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego przez podmiot udostępniający swój potencjał (wiedzę i doświadczenie).

Odnosnie pierwszej z podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż wykonawca samodzielnie nie posiada wymaganego doświadczenia w wykonaniu usługi porządkowej (gdzie minimalny okres dotychczasowego świadczenia usługi w ramach jednej umowy ciągłej wynosił na dzień składania ofert 18 miesięcy) w zakresie obejmującym co najmniej sprzątnię przystanków autobusowych i wiat przystankowych oraz opróżnianie koszy na śmieci. Wykonawca wykazując warunek doświadczenia powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego, a biorąc pod uwagę charakter i specyfikę udzielanego zamówienia, Zamawiający uznał, iż wykonawca nie udowodnił, iż będzie w sposób rzeczywisty dysponował tymi zasobami w

trakcie realizacji zamówienia (dowód – informacja o wyniku postępowania z 20.07.2015 r.). Odwołujący potwierdził na rozprawie, iż ustalenia Zamawiającego co do momentu założenia spółki Odwołującego, poczynione w odpowiedzi na odwołanie są prawidłowe. Umowa na mocy, której powołana została spółka Eurocity Recykling Poland Sp. z o.o. zawarta została w dniu 17.06.2015 r. (tj. w dniu ogłoszenia o przetargu), zaś sama spółka została wpisana do rejestru przedsiębiorców w KRS w dniu 18.06.2015 r., jako spółka z ograniczoną odpowiedzialnością o kapitale zakładowym 5.000,00 zł. Stąd Zamawiający wywodził, iż Odwołujący samodzielnie nie posiada wymaganej w siwz wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący w ofercie wykazał się doświadczeniem podmiotu trzeciego – przedsiębiorcy B. F. zdobytym przy realizacji kontraktu zawartego z GDDKiA Oddział w Krakowie, składając poświadczenie z dnia 12.09.2014 r. dotyczące zrealizowanej umowy oraz zobowiązanie B. F. do oddania do dyspozycji wykonawcy wiedzy i doświadczenia (str. 13 i 14 oferty). W treści zobowiązania podmiot udostępniający swój potencjał podkreślił, iż nie będzie brał bezpośredniego (czynnego) udziału w realizacji prac, lecz będzie służył Odwołującemu swoją radą, wiedzą i doświadczeniem w ramach udzielanych konsultacji oraz że będzie uczestniczył w realizacji zamówienia wyłącznie jako „ciało doradcze” przez cały okres jego realizacji.

Pismem z dnia 29.06.2015 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnego, tj. wydanego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, poświadczenia usług wykonanych – wystawionego po zakończeniu usługi – zgodnie ze złożonym tzw. „wykazem wykonanych/wykonywanych usług”. Ponadto Zamawiający, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym do należytego wykonania zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zażądał dokumentów (załącznik nr 14) dotyczących: zakresu dostępnych zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu przez wykonawcę zamówienia, charakteru stosunku, jaki będzie łączył wykonawcę z innym podmiotem, zakresu i okresu udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący pismem z dnia 07.07.2015 r. przedłożył poświadczenie wystawione w dniu 11.02.2015 r. przez GDDKiA Oddział w Krakowie dla zrealizowanej w okresie od 23.11.2011 r. do 22.11.2014 r. usługi o wartości 159.329,67 zł. brutto. Ponadto przedstawił oświadczenie woli B. F. nie opatrzone datą sporządzenia z adnotacją akceptacji Odwołującego w dniu 26.06.2015 r., nawiązujące do złożonego w dniu 25.06.2015 r. zobowiązania. Składający je oświadczył, iż oddaje do dyspozycji spółki Odwołującego całą posiadaną wiedzę i doświadczenie w zakresie niezbędnym do prawidłowego wykonania zamówienia (ad. 1 – zakres dostępnych zasobów). Ponadto

stwierdził, iż będzie uczestniczył w realizacji zamówienia wyłącznie jako ciało doradcze (ad. 2 – sposób wykorzystania zasobów). Nie będzie brał bezpośredniego (czynnego) udziału w realizacji prac – nie będzie podwykonawcą, lecz będzie służył spółce swoją radą, wiedzą i doświadczeniem (ad. 3 – charakter stosunku łączącego wykonawcę z innym podmiotem). Przez cały okres realizacji zamówienia będzie udzielał konsultacji wykonawcy w zakresie prawidłowej realizacji zamówienia (ad 4 – zakres i okres udziału podmiotu przy wykonywaniu zamówienia).

Zamawiający pismem z dnia 13.07.2015 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia, w jaki sposób p. B. F. miałyby realnie i z uwzględnieniem przedmiotu usługi udostępnić wykonawcy swoją wiedzę i doświadczenie „jako ciało doradcze” nie biorąc przy tym bezpośredniego (czynnego) udziału w realizacji zamówienia (pkt 4 pisma).

Odpowiedź Odwołującego z dnia 14.07.2015 r. zawierała zastrzeżenie, iż Zamawiający nie ma prawa żądać od wykonawcy wyjaśnień dotyczących sposobu, w jaki p. B. F. miałyby realnie udostępnić swój potencjał. Wskazał jednocześnie na okoliczność udowodnienia Zamawiającemu zobowiązaniem p. F., iż będzie dysponował zasobami w trakcie realizacji zamówienia. Oświadczył, iż p. F. przeprowadzi wstępne szkolenie pracowników i operowania sprzętem czyszczącym, jak również będzie udzielał w tym zakresie niezbędnych konsultacji w trakcie realizacji zamówienia.

Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż Zamawiający słusznie ocenił dokumenty złożone przez Odwołującego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, jako niedostateczne z uwagi na brak wykazania realności możliwości skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego udostępnionego na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy. Samo wykazanie Zamawiającemu potencjału podmiotu trzeciego, odpowiadającego wymaganemu doświadczeniu nie było wystarczające, gdyż Odwołujący nie udowodnił realności udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci, tj. P. B. F. . Wprawdzie do oferty załączył zobowiązanie tego podmiotu z dnia 25.06.2015 r., to jednak jego treść nie pozwalała na przyjęcie, iż Wykonawca będzie rzeczywiście korzystał z przekazanej mu wiedzy i doświadczenia w trakcie realizacji zamówienia. Samo wskazanie na rolę doradczą podmiotu udostępniającego swój potencjał, w sytuacji gdy Odwołujący jako nowopowstały podmiot prawa w ogóle nie ma żadnego doświadczenia, w ocenie Izby uzasadniał taki sposób współpracy, który zapewniałby organizację pracy, nadzór nad realizacją, umożliwiające przyjęcie, iż zamówienie będzie mogło być wykonane w sposób prawidłowy przez podmiot, dla którego zamówienie to będzie pierwszym o tak dużym zakresie świadczenia. W takim też celu Zamawiający wymagał od wykonawców doświadczenia zdobytego przy świadczeniu usługi o zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. W przypadku gdy wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego nie może budzić wątpliwości, że Zamawiający



powinien oceniać realność wsparcia tego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia. Wielokrotnie w orzecznictwie podkreślano, iż ogólnikowe deklaracje uniemożliwiają ustalenie w jaki sposób, wykonawca będzie mógł skorzystać z potencjału. Nie jest dopuszczalne takie korzystanie z możliwości jakie stwarza przepis art. 26 ust. 2b ustawy, kiedy jedynie dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu składane jest zobowiązanie podmiotu, którego potencjał jest niezbędny na etapie procedury przetargowej, natomiast na etapie realizacji zamówienia zamiarem wykonawcy jest opieranie się na własnych siłach, które z punktu widzenia wymagań nie byłyby wystarczającymi dla uzyskania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 18 listopada 2014 r., sygn. akt KIO 2285/14, KIO 2328/14). W przedmiotowej sprawie nastąpiło takie właśnie nieskuteczne skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego, dodatkowo wynikające z okoliczności, iż Odwołujący samodzielnie nie mógłby wykazać się żadnym doświadczeniem, aby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Niewątpliwie oświadczenie ujęte w zobowiązaniu, jak i dalsze wyjaśnienia, w zasadzie ograniczały się do wskazania na rolę podmiotu trzeciego w zamówieniu jako „ciała doradczego” i brak jego udziału bezpośredniego w realizacji zamówienia. Oddanie do dyspozycji „całej wiedzy i doświadczenia”, również nie dostarcza żadnej konkretnej treści, pozwalającej na ocenę realności wykorzystania tego potencjału przez wykonawcę. Po stronie Odwołującego spoczywał ciężar udowodnienia, iż na etapie realizacji zamówienia będzie korzystał z wiedzy i doświadczenia w niezbędnym do realizacji zamówienia zakresie. Pomimo wezwania Zamawiającego o wyjaśnienie zakresu udziału podmiotu trzeciego, Odwołujący ograniczył się wyłącznie do powtórzenia jego oświadczenia zawartego w zobowiązaniu, odmawiając Zamawiającemu prawa do żądania wyjaśnień. Taka postawa Odwołującego nie zasługuje na akceptację, gdyż Zamawiający uprawniony jest do wzywania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy). Zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy potencjału jest tego rodzaju dokumentem/oświadczeniem, jeżeli wykonawca wykazuje za jego pomocą spełnienie warunku udziału w postępowaniu na zasadach opisanych w art. 26 ust. 2b ustawy. W świetle powyższego, teza Odwołującego nie znajdowała uzasadnienia w przepisach prawnych, wyznaczających ramy w jakich Zamawiający porusza się jako organ odpowiedzialny za prawidłowy i zgodny z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również stanowisko Odwołującego zawarte w odwołaniu prowadzi do stwierdzenia, iż Odwołujący nie widzi potrzeby czynnego udziału podmiotu w realizacji zamówienia, co podnosi w tej części uzasadnienia, gdzie wskazuje na własny potencjał techniczny i osobowy, pozwalający na samodzielne wykonywanie czynności (zamówienia), stosując się do wskazówek podmiotu trzeciego. Faktycznie zatem, całość zamówienia planuje wykonać samodzielnie, a

udostępniony potencjał służyć ma jedynie zabezpieczeniu teoretycznemu, chociaż nie do końca wiadomo w jakim zakresie umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia.

Niezależnie od przyznania racji Zamawiającemu w zakresie oceny możliwości skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia, Izba wskazuje na przedwczesność zastosowania podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania wskazanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Zgodnie z tą normą zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jednak nie można zapominać o konsekwencji, jaką dla oceny spełnienia warunku niesie stwierdzenie, iż wykonawca nie udowodnił dysponowania zasobami udostępnionymi przez podmiot trzeci. Niewątpliwie, negatywna ocena dokumentów przedłożonych w celu udowodnienia Zamawiającemu możliwości dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego (tu zobowiązania) oznacza, że udostępniony potencjał nie jest brany pod uwagę przy weryfikacji spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Prowadzi to do sytuacji analogicznej jak ta, kiedy dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy w ogóle nie są złożone w ofercie lub wniosku. Wówczas Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zobowiązany jest wezwać wykonawców, którzy nie złożyli w terminie wymaganych dokumentów i oświadczeń, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający wprawdzie wezwał Odwołującego do uzupełnienia poświadczenia usługi udostępnionej przez podmiot trzeci, to przyczyna tego wezwania nie była związana z negatywną oceną zobowiązania do udostępnienia potencjału wykonawcy na czas realizacji zamówienia (pkt 3 wezwania z dnia 29.06.2015 r.). Zamawiający wezwał również do uzupełnienia dokumentów w celu oceny rzeczywistego dostępu do zasobów i ich stopnia niezbędności dla należytego wykonania zamówienia (pkt 6 wezwania z dnia 29.06.2015 r.). Przedłożone na to wezwanie oświadczenie woli podmiotu trzeciego Zamawiający ocenił jako niewystarczające dla stwierdzenia realności dostępu do zasobów przy realizacji zamówienia. Odwołujący w odwołaniu czynił Zamawiającemu bezpodstawny zarzut, wykroczenia w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, poza wskazane w siwz dokumenty. W sposób jednoznaczny, Zamawiający w pkt IX ppkt 14) siwz oraz III.6 ogłoszenia wskazał na dokumenty na podstawie, których zamierzał ocenić, czy wykonawca będzie dysponował zasobami innych podmiotów w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania zamówienia oraz, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

W zaistniałej sytuacji Zamawiający powinien był wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, które nie dotyczyłyby usługi nieskutecznie udostępnionej. Uwaga ta ma jednak marginalne znaczenie,

gdyż w ocenie Izby w sprawie ziściła się przesłanka do wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy, a w konsekwencji do uznania oferty Odwołującego za odrzuconą, wyłączająca wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto odwołaniem nie objęto zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Jednak z uwagi na powiązania obu przepisów, koniecznym było odniesienie się w ocenie zasadności zastosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy do mającej charakter imperatywu normy z art. 26 ust. 3.

Odnosząc się do drugiej z podstaw wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. normy przepisu art. 24 ust. 2a ustawy, w świetle niespornego stanu faktycznego Izba uznała, iż ocena sytuacji prawnej wykonawcy w postępowaniu nie może być prowadzona w oderwaniu od sytuacji podmiotu, na którego potencjale się opiera w celu ubiegania się o zamówienie.

Zgodnie z przywołanym przepisem, Zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodnił, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie opisał dwie umowy, jakie zawarł w okresie ostatnich trzech lat na tożsamy do objętego niniejszym postępowaniem przedmiot zamówienia. Pierwszą z umów zawarł w dniu 12.12.2013 r. z B. F. (B. F. Przedsiębiorstwo Handlowe), nr umowy RSZiZP.UM-0083/2013 i rozwiązał po 7 miesiącach pismem z dnia 21.07.2014 r. Kolejną zawarł 14.11.2014 r. z K. G. (K. G. Flora Outsourcing) i rozwiązał po 4 miesiącach. Każdorazowo powodem jednostronnego rozwiązania umów była stwierdzona przez Zamawiającego przyczyna leżąca po stronie wykonawców, kwalifikowana (co najmniej) jako rażące niedbalstwo. Na rozprawie Odwołujący nie zaprzeczył temu stanowi faktycznemu, który jest jemu znany z tytułu udziału w spółce Odwołującego K. G., strony jednej z umów jako przedsiębiorcy K. G. Flora Outsourcing, jednocześnie uczestniczącej w realizacji umowy zawartej z B. F. i ją nadzorującej. Odwołujący opierał swoje stanowisko na

stwierdzeniu, iż obecnie ofertę złożył wykonawca nie będący stroną żadnej z rozwiązanych umów, a stąd okoliczności dotyczące przedsiębiorców, z którymi Zamawiającego wiązały umowy i ewentualne naruszenia obowiązków tych wykonawców nie obciążają go w obecnie prowadzonym postępowaniu. Odwołujący wskazał na wykładnię literalną przepisu art. 24 ust. 2a ustawy, która nie dopuszcza do rozszerzenia zakresu stosowania normy prawnej na Odwołującego.

Zamawiający w niniejszym postępowaniu zarówno w ogłoszeniu (pkt IV.4.16) jak i siwz (pkt XIV.3) przewidział podstawę do wykluczenia z postępowania wykonawców w oparciu o przepis art. 24 ust. 2a ustawy, co stanowi jedną z koniecznych do jego zastosowania przesłanek. W niniejszej sprawie nie były spornymi ustalenia poczynione na podstawie oświadczeń Zamawiającego, a dotyczące poważnego naruszenia obowiązków przez wykonawców dwóch kolejnych umów, skutkujących jednostronnym ich rozwiązaniem przez Zamawiającego. Nie było również wątpliwości co do identyfikacji przedsiębiorców z którymi Zamawiający rozwiązał umowy, a którzy udostępnili swój potencjał wykonawcy (B. F.) oraz pozostają powiązani osobowo ze spółką Odwołującego jako większościowy wspólnik (K. G.). Izba przyjęła te ustalenia jako przyznane przez Odwołującego. Istota sporu sprowadzała się do wykładni przepisu art. 24 ust. 2a ustawy i ustalenia, czy możliwe jest jego zastosowanie w stosunku do wykonawcy, który nie był stroną rozwiązanej przez Zamawiającego umowy, ale korzysta w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z potencjału podmiotu, z którym Zamawiający rozwiązał umowę w związku z zawinionym naruszeniem przez tegoż obowiązków zawodowych przy wykonywaniu innego zamówienia na rzecz Zamawiającego.

Dokonując wykładni przywołanego artykułu nie można pominąć dalszych regulacji dotyczących weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w tym art. 22 ust. 5 ustawy, w którym wskazano, iż *warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenie zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.* Ustawodawca przepisem tym rozszerzył zakres weryfikacji wykonawców, która do tej pory miała charakter wyłącznie pozytywny, umożliwiając Zamawiającemu sprawdzenie niepowodzeń, nierzetelnych, nieprawidłowych realizacji prac przez podmioty biorące udział w przetargu. *Ratio legis* wprowadzenia tej zmiany, przy jednoczesnym dopuszczeniu przez ustawodawcę możliwości korzystania przez wykonawców z potencjału podmiotów trzecich, jest dopuszczenie

weryfikacji osób trzecich, których potencjałem wykonawca posługuje się w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania. Takie stanowisko zajął Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 9 kwietnia 2014 r., sygn. akt V Ca 3618/13, wskazując jednocześnie, iż *taka wykładania przepisów prawa zamówień publicznych nie prowadzi do nieuprawnionego rozszerzenia weryfikacji podmiotów trzecich udostępniających swe zasoby wykonawcy*. Sąd wskazał, iż *zawężająca wykładnia art. 22 ust. 5 Pzp prowadziłaby do nierównego traktowania podmiotów i różnicowania ich pozycji podmiotowej, w sytuacji, gdy surowszej ocenie podlegałoby jedynie ci wykonawcy, którzy samodzielnie spełniają warunki udziału w przetargu, posiadając własną wiedzę i doświadczenie w porównaniu do wykonawców, którzy polegają na zasobach podmiotów trzecich*. Ponadto, skoro ustawodawca, dopuszczając możliwość, aby na etapie realizacji zamówienia publicznego brały udział osoby trzecie, które powinny być wskazane przez wykonawcę korzystającego z potencjału, to tak samo te osoby trzecie powinny podlegać weryfikacji, jak sam wykonawca, który sam może tych warunków nie spełniać. Mając na uwadze nadany w tym wyroku kierunek wykładni przepisów ustawy w zakresie weryfikowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, Izba uznała, iż również badanie rzetelności wykonawcy pod kątem braku wystąpienia przesłanki do wykluczenia opisanej w art. 24 ust. 2a ustawy może być przeprowadzone z uwzględnieniem rzetelności podmiotu trzeciego, na którego potencjał z zakresu doświadczenia wykonawca się powołuje. Skoro bowiem celem przepisu jest wyeliminowanie z ubiegania się o zamówienie wykonawców nierzetelnych, to nie można dopuścić do sytuacji, w której ich doświadczenie miałoby służyć uzyskaniu i realizacji zamówienia przez inny podmiot, który samodzielnie nie posiada wymaganego doświadczenia. Interpretacja zawężająca podstawę wykluczenia z postępowania wyłącznie do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, umożliwiałaby obchodzenie przepisu przez nierzetelnych wykonawców, w taki sposób, aby uniemożliwić Zamawiającemu wykluczenie ich udziału w realizacji kolejnego zamówienia, np. przez założenie nowej spółki, lub udział w zamówieniu jako podwykonawcy innego podmiotu ubiegającego się o zamówienie.

Dopełnienie normy prawnej zawartej w art. 24 ust. 2a ustawy zawiera treść przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231). W § 3 ust. 4 rozporządzenia wprowadzono możliwość żądania przez Zamawiającego od wykonawcy, który wskazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3. Wymienione w ust. 1-3 dokumenty służą wykazaniu braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Między innymi jest nim oświadczenie o braku

podstaw do wykluczenia. Jeżeli w postępowaniu Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz przewidział przesłankę do wykluczenia wykonawcy z art. 24 ust. 2a ustawy, to żądane od wykonawcy oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania obejmuje również okoliczności wskazane w tym przepisie, a tym samym rozszerzeniu ulega zakres weryfikacji wykonawcy pod względem podmiotowym, tj. braku wystąpienia przesłanek do wykluczenia.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zażądał od wykonawcy wykazującego spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, który polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w pkt IX.1 ppkt 1,2,3,4, tj. odpisu z rejestru, zaświadczenia z US, zaświadczenia z ZUS oraz oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia.

W ocenie Izby, w sytuacji w której wykonawca samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a Zamawiający jest w stanie wykazać, iż podmiot udostępniający swoje doświadczenie, poważnie naruszył w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawoniony obowiązki zawodowe, w szczególności w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, to konsekwencje tego ustalenia dotyczą bezpośrednio wykonawcy, który podlega wykluczeniu z postępowania, chyba, że udowodni, iż podjęte zostały konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości przez podmiot, z którego udziałem zamierza realizować przedmiotowe zamówienie. Skoro w postępowaniu dopuszczalne jest żądanie od wykonawcy dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających swój potencjał, w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, to również dopuszczalne jest badanie przez Zamawiającego, czy w stosunku do tego podmiotu nie zachodzą podstawy do wykluczenia z art. 24 ust. 2a ustawy. Tylko w ten sposób Zamawiający jest w stanie ustalić, czy nie dojdzie do udziału w realizacji zamówienia nierzetelnego wykonawcy, który samodzielnie, czy też w konsorcjum z innym podmiotem nie mógłby złożyć oferty.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający zwracał się do Odwołującego o wykazanie, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinonemu i poważnemu naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązano się do ich naprawienia (pkt 3 wezwania z dnia 13.07.2015 r.). W odpowiedzi spotkał się z odmową udzielenia wyjaśnień w tym zakresie z uwagi na brak podstawy prawnej do takiego żądania. Ponadto, Odwołujący wskazał na odmiennność podmiotów, których rzetelność Zamawiający podważa i zamierza badać, przenosząc tą ocenę na niezależny i odrębny podmiot, jakim jest Spółka Odwołującego. Odwołujący zaprzeczył, jakoby przepis art. 22 ust.

5 ustawy dawał Zamawiającemu prawo do badania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia w odniesieniu do podmiotów trzecich, na których potencjał powołuje się wykonawca, podwykonawców wskazanych ofercie jako podmioty wprost realizujące całość lub część zamówienia, czy też podmiotów, które mogłyby być zainteresowane danym zamówieniem, lub powiązane w jakikolwiek sposób z wykonawcą.

Odnosząc się do tej części argumentacji Odwoływającego, teza o braku możliwości rozszerzenia badania na podmiot udostępniający swój potencjał wykonawcy, traci aktualność w świetle przywołanego powyżej orzeczenia Sądu i z tej miary nie zasługuje na akceptację. Pozostaje jedynie odnieść się do elementu istotnego z punktu widzenia zastosowania normy prawnej z art. 24 ust. 2a ustawy, tj. ustalenia, czy podmiot udostępniający Odwoływającemu potencjał wiedzy i doświadczenia będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. W ocenie Izby jego udział byłby niezbędny z uwagi na brak jakiegokolwiek doświadczenia Odwoływającego, który rozpoczął działalność na dwa tygodnie przed złożeniem oferty. Takiego udziału nie wyklucza również treść zobowiązania, w którym podmiot trzeci wyłącza jedynie formę bezpośredniego udziału w realizacji zamówienia, co można interpretować jako wyłączenie podwykonawstwa. Nie wyklucza to jednak innych form pośredniego udziału w realizacji zamówienia, która wymaga przede wszystkim dobrej organizacji pracy i logistyki z uwagi na obszar objęty zakresem zamówienia, a na co może wskazywać deklaracja podmiotu trzeciego udzielania wykonawcy stałych konsultacji. W ocenie Izby, udział podmiotu trzeciego jako niezbędny wykonawcy, byłby konieczny do zapewnienia właściwej realizacji zamówienia. Należy zauważyć, iż innego znaczenia nabiera ocena zobowiązania podmiotu trzeciego, która nie ma na celu ustalenia realności dostępności potencjału w trakcie realizacji zamówienia, a jedynie ustalenie, czy podmiot trzeci będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Prowadzona jest ona na innym poziomie, gdyż nie wymaga ustalenia, czy stopień zaangażowania podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia jest adekwatny do zakresu przekazanego potencjału. Dla oceny rzetelności wykonawcy istotne jest jedynie to, czy podmiot trzeci będzie uczestniczył, w jakikolwiek sposób w wykonaniu przedmiotu zamówienia. W przypadku udostępnienia potencjału wiedzy i doświadczenia, udział podmiotu trzeciego jest w zasadzie konieczny, chociażby w formie pośredniej. W ocenie Izby, już to wystarcza dla stwierdzenia, iż będzie on uczestniczył w wykonaniu zamówienia. Przedstawiona wykładnia art. 24 ust. 2a ustawy, w ocenie składu orzekającego jest spójna z *ratio legis* przepisów i umożliwia zapewnienie takich samych zasad weryfikacji podmiotów ubiegających się o zamówienie. Wykonawca, korzystając z potencjału podmiotu trzeciego nie może zastaniać się na gruncie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego własną niezależnością jako podmiotu prawa. Skoro korzysta z potencjału podmiotu trzeciego powinien mieć świadomość, iż nie niesie ono jedynie korzyści, ale również może wpływać na negatywną ocenę jego jako wykonawcy ubiegającego się o zamówienie.

Podsumowując, czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania dokonana na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy była uzasadniona w świetle ustaleń poczynionych w toku rozprawy, jak również znajdowała uzasadnienie prawne. Ponieważ podstawa do wykluczenia z postępowania jest niezależna od przesłanek powiązanych z oceną dokumentów żądanych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania, nie było podstaw do zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. To po stronie Zamawiającego spoczywał ciężar udowodnienia dopuszczenia się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co w niniejszej sprawie było okolicznością niesporną.

Mając na uwadze powyższe Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis od odwołania oraz koszty dojazdu (noclegu) Zamawiającego stwierdzone rachunkiem złożonym przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nimi Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**