

Sygn. akt: KIO 1065/22

WYROK
z dnia 10 maja 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 maja 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę **Saferoad Kabex Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg i Transportu w Koszalinie**

przy udziale wykonawcy **ABES Sp. z o.o. z siedzibą w Leźnie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 1065/22 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Dróg i Transportu w Koszalinie [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp na *odnowę i wykonanie oznakowania poziomego na ulicach miasta Koszalina* (znak postępowania: TZP.221.13.2022.DSz).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 marca 2022 r. pod numerem nr 2022/BZP 00081173/01.

W dniu 19 kwietnia 2022 r. wykonawca Saferoad Kabex Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i 17 ust 1 i 2 ustawy Pzp – polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący spełniał wszystkie warunki określone przez Zamawiającego i wynikające z przepisów;
2. art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp polegające na wyborze najkorzystniejszej oferty spółki ABES sp. z o.o. w Leźnie, podczas gdy najkorzystniejszą ofertą była oferta Odwołującego;
3. art. 118 ustawy Pzp polegające na uznaniu, że Odwołujący korzysta z potencjału podmiotów (osób trzecich) udostępniających zasoby, podczas gdy Odwołujący nie powoływał się na takie okoliczności, jak również nie istniały żadne przesłanki do jej ustalenia;
4. art. 274 ust. 2 i 3 ustawy Pzp polegające na odstąpieniu od wezwania Odwołującego do złożenia dodatkowych środków podmiotowych, gdy po ich uzupełnieniu przez Wykonawcę w trybie przepisu art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający doszedł do przekonania, że środki te stoją w sprzeczności z oświadczeniami Odwołującego zawartymi w ofercie;
5. art. 123 ustawy Pzp polegające na zastosowaniu tego przepisu w okolicznościach, w których Odwołujący nie powoływał się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego;
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert;
3. dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa procesowego zgodnie z przedstawioną na rozprawie fakturą i w zgodnie z normami przepisanyymi.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego uznając, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Założenie to opiera się, w ocenie Odwołującego, na błędnych ustaleniach i wadliwym rozumieniu przepisów. W konsekwencji zaś prowadzi do naruszenia zasad postępowania wyrażonych w przepisach art. 16 oraz 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający doszukuje się w okolicznościach polegających na rzekomym powoływaniu się na wykorzystaniu potencjału podmiotów trzecich. Założenie to wynika z faktu uznania przez Zamawiającego, że posłużenie się urządzeniami na podstawie umowy użyczenia stanowi wykorzystanie potencjału osoby trzeciej. Tymczasem, wbrew tym supozycjom, korzystanie przez Wykonawcę z urządzeń na tej podstawie jest korzystaniem „własnym”.

Z orzeczeń KIO wynika, że Zamawiający w ogóle nie powinien był dociekać, czy Wykonawca rzeczywiście powołuje się na potencjał i zasoby osób trzecich, jeżeli w wykazie narzędzi jako podstawę władania wskazano użyczenie. Jak wskazano w orzeczeniu KIO 584/18 *„Z użytego w przepisie art. 22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579) sformułowania „niezależnie od charakteru prawnego (...) stosunków prawnych” łączących wykonawcę i podmiot trzeci nie można wyprowadzać wniosku, że ilekroć stosunek taki istnieje (np. najem, dzierżawa, leasing), per facta concludentia dochodzi do udostępnienia potencjału.”* W niniejszym postępowaniu Wykonawca dysponuje długotrwałą umową użyczenia, bez związku z tym konkretnym postępowaniem, w związku z czym nie istnieje związek pomiędzy podmiotami świadczący o wykorzystaniu zasobów osoby trzeciej.

Odwołujący przywołał również wyrok KIO sygn. akt: KIO 2664/20, wyrok KIO sygn. akt: 1379/14, wyrok KIO 2473/17 oraz poglądy doktryny.

Odwołujący wskazał, że w niniejszym postępowaniu korzysta z narzędzi użyczonych mu przez p. P. O. prowadzącego działalność Zieleń Serwis Polbud na podstawie umowy użyczenia z 01.01.2021 r. Okoliczność ta potwierdzona jest załączoną do Odwołania umową użyczenia z tej daty. Oczywiście jest, że w dniu początku jej obowiązywania postępowanie TZP.221.13.2022.Dsz się nie toczyło. Jak wynika wprost z treści art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE *„(...) 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.”* Przepis odnosi się zatem do „konkretnego zamówienia”, nie zaś do faktu szerszej współpracy

pomiędzy stronami. Tym samym w sytuacji, gdy dysponowaniem narzędziami użyczonymi w ramach długotrwałej współpracy stron wyklucza możliwość uznania, że Odwołujący powołuje się na zdolności innych podmiotów. Odwołujący na marginesie wskazał, że sam wymóg dysponowania szczotką mechaniczną w postępowaniu, którego przedmiotem jest „malowanie” ulic, stawia pod znakiem zapytania konieczność legitymowania się takimi narzędziami. Okoliczność ta nabiera dodatkowego znaczenia przy założeniu, że powołanie się na zasoby osoby trzeciej aktualizuje się wyłącznie „(...) w przypadku możliwości wykazania przez wykonawcę, że w konkretnym postępowaniu udostępniane zasoby mogą być i będą realnie wykorzystane do wykonania zamówienia. (...) Udostępnienie potencjału nie może bowiem mieć charakteru abstrakcyjnego, ogólnego do wykorzystania w nieokreślonych zamówieniach, ale musi być przypisane do konkretnego zamówienia czy też jego wyodrębnionej części” (M. Jaworska [w]: M. Jaworska, D. Grześkowiak-Stojek, J. Jarnicka, A. Matusiak, Prawo zamówień Publicznych. Komentarz, wyd. 3, 2022, dostęp sip.legalis.pl). Z przytoczonych stanowisk wynika zatem, że Odwołujący nie powołał się na zasoby osób trzecich, jak również, że w zakresie tego konkretnego narzędzia (szczotki mechanicznej), powołać się nie mógł z uwagi na nieprzydatność szczotki do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wskazał na punkt 4. opisu przedmiotu zamówienia i uzasadniał, iż Zamawiający przyznał, że dopuszczalne jest wykonanie przedmiotu umowy przy pomocy narzędzi i urządzeń, których Wykonawca nie jest właścicielem. Jednocześnie treść OPZ przesądza o tym, że zapis ten nie dotyczy sytuacji powołania się na zasoby podmiotu trzeciego. W ocenie Odwołującego oświadczenie to świadczy o tym, że wskazanie w załączniku nr 9, jako podstawy dysponowania sprzętem umowy użyczenia – bez powołania się na wykorzystanie potencjału osoby trzeciej – nie może być traktowane jako niedopuszczalne. Taki wniosek wypływa tymczasem z czynności Zamawiającego będącej przedmiotem niniejszego odwołania. Dodatkowo sam Zamawiający wskazał, że będzie wymagał oświadczenia właściciela sprzętu o jego udostępnieniu. Skoro zatem Wykonawca przedstawił takie oświadczenie wraz z uzupełnieniem środków podmiotowych (na wezwanie Zamawiającego), to nie może ono stanowić podstawy do odrzucenia oferty. W przeciwnym wypadku cytowany zapis OPZ byłby przepisem dyskryminującym i wprost naruszającym zasady udzielania zamówień wynikające z przepisów art. 16 i 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że przedstawione okoliczności uzasadniają przyjęcie, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego powołując się na okoliczności ustalone błędnie i wbrew przepisom PZP. Wykonawca Saferoad Kabex sp. z o.o. złożył bowiem ofertę prawidłowo, spełniając wszystkie wymogi Zamawiającego. Nie doszło zatem, wbrew treści czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę niniejszego odwołania, do spełnienia przesłanki wskazanej w przepisie art. 226 ust 1 pkt 2b) ustawy Pzp. Skoro zatem Odwołujący

spełniał warunki udziału w postępowaniu, to odrzucenie oferty jest nieuprawnione i winno zostać unieważnione. Cyt. przepis PZP wskazuje, że do odrzucenia oferty może dojść wyłącznie w przypadku, gdy jest ona niezgodna z przepisami tej ustawy (w zakresie niespełnienia warunków udziału w postępowaniu). Zamawiający niezgodności dopatruje się w naruszeniu przepisu art. 123 ustawy Pzp, jednak – co wskazano wyraźnie w treści odwołania, do takiego naruszenia nie doszło.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający w postępowaniu, w razie dojścia do przekonania, że przedstawione dokumenty mogą świadczyć o powołaniu się na potencjał osoby trzeciej wbrew oświadczeniu zawartym w ofercie, winien w trybie przepisu art. 274 ust. 2 lub ust. 3 wezwać Odwołującego do wyjaśnień – czego jednak nie uczynił. Działając na podstawie przyjętych *a priori* założeń uznał, że do wykorzystania potencjału osoby trzeciej doszło i odrzucił ofertę Wykonawcy. W wyroku KIO 103/17 wskazano, że jeżeli podmiotowe środki zostały przez Wykonawcę złożone wraz z ofertą, to Zamawiający zobowiązany jest do ich zbadania i potwierdzenia aktualności w toku badania ofert. Zamawiający dokonał zatem błędnej oceny podmiotowych środków skutkujących powstaniem wady w postępowaniu i nieuprawnionym odrzuceniem oferty Odwołującego. Konsekwencją dokonanych wadliwie czynności jest wybór Wykonawcy ABES sp. z o.o., który w razie prawidłowego prowadzenia postępowania nie byłby wybrany. Zdaniem Odwołującego jest to równoznaczne z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 oraz 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 4 maja 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający podniósł, że istotą niniejszej sprawy jest rozstrzygnięcie czy na dzień składania oferty Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odnowa i wykonanie oznakowania poziomego na ulicach miasta Koszalina” określone w Rozdziale VII ust. 1 SWZ, w szczególności co do dysponowania urządzeniem w postaci szczotki mechanicznej.

Zgodnie z treścią Formularza ofertowego (pkt 9), Odwołujący nie wskazał by przewidywał udział podmiotów udostępniających zasoby. Dodatkowo w pkt 10 Formularza ofertowego zaznaczono rubrykę „Nie zamierzam(-y) powierzyć podwykonawcom żadnej części zamówienia”, co zgodnie z zawartymi pouczeniami oznaczało, że Zamawiający uzna, iż Wykonawca zamierza wykonać całość zamówienia bez udziału Podwykonawców. Tak złożone w Formularzu ofertowym oświadczenia Odwołującego jednoznacznie wskazywały, że Odwołujący przy realizacji zamówienia nie będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego i samodzielnie spełnia wszystkie warunki określone w Rozdziale VII ust. 1 SWZ, w szczególności co do dysponowaniem urządzeniem w postaci szczotki mechanicznej.

Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący przedłożył m.in. załącznik nr 9 do SWZ zgodnie z którym Wykonawca oświadczał, że dysponuje lub będzie dysponował niezbędnymi do wykonania niniejszego zamówienia sprzętem odpowiadającym wymaganiom określonym w SWZ wraz ze wskazaniem podstawy dysponowania danym sprzętem. Odnośnie szczotek mechanicznych Odwołujący jako podstawę dysponowania wskazał umowę użyczenia, jednocześnie załączając oświadczenie p. P. O. działającego w imieniu firmy Zieleń Serwis Polbud z Kępina, o użyczeniu Odwołującemu sprzętu w postaci szczotek mechanicznych firmy Faun Viatic GmbH – podwozie Renault Midlum GKA 26373 oraz Johston 142A 101T – maszyna wolnobieżna, na wykonanie robót będących przedmiotem zamówienia pn.: „Odnowa i wykonanie oznakowania poziomego na ulicach miasta Koszalina” (znak sprawy TZP.221.13.2022.DSz). Zamawiający podkreślał, że załączone oświadczenie firmy Zieleń Serwis Polbud P. O. zostało sporządzone wyłącznie na potrzeby prowadzonego przez Zamawiającego postępowania i miało charakter incydentalny. W tym zakresie nie można podzielić argumentów Odwołującego, że jego dysponowanie szczotkami mechanicznymi miało długotrwały charakter i wynikało z zawartej w dniu 01.01.2021 r. umowy użyczenia. W wyroku w sprawie KIO 1374/14, cytowanym nota bene w odwołaniu, wyraźnie stwierdzono, że *„Aby można było mówić o udostępnianiu potencjału przez podmiot trzeci w rozumieniu omawianego przepisu (przyp. art. 26 ust. 2b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych) należałoby wykazać, iż np. najem rzeczy związany jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania”*. Treść oświadczenia złożonego przez firmę P. O. w żaden sposób nie wskazuje by umowa użyczenia stanowiąca podstawę dysponowania szczotkami mechanicznymi miała długotrwały charakter, a wręcz czy w ogóle została wcześniej zawarta, o czym świadczy zastosowanie czasu przyszłego „użycze”. Oświadczenie z dnia 24 marca 2022 r. spełnia wszelkie wymogi prawne określone w art. 118 ust. 4 ustawy Pzp tj. potwierdzające, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby oraz sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia.

Zamawiający zaznaczył, iż wraz z odwołaniem nie otrzymał przedmiotowej umowy użyczenia, a więc nie jest znana szczegółowa treść tej umowy. Warto jednak wskazać, że ze swej istoty umowa użyczenia jest bezpłatna. Mało wiarygodne jest by przedsiębiorcy, a więc podmioty działające na rynku w celu uzyskiwania zysku, zawierali długoletnie umowy użyczenia specjalistycznego sprzętu niezbędnego do prowadzenia własnej działalności gospodarczej. Nadto powstaje szereg pytań odnośnie kwestii związanych z utrzymaniem

sprzętu, serwisowania, jego ewidencji na środkach trwałych, ubezpieczenia itd. Powyższe nie powinno być przedmiotem analizy niniejszego postępowania. Na Wykonawcy spoczywa ciężar przedkładania dokumentów, które wykazują wymagane prawem zamówień publicznych okoliczności. Przedkładanie umowy użyczenia czy też udowadnianie zeznaniami świadka P. O. okoliczności trwałego użyczenia szczotek mechanicznych na etapie postępowania odwoławczego klóci się z podstawowymi przepisami Pzp i stanowiłoby próbę sankcjonowania błędów Odwołującego w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dlatego też zasadnym jest oddalenie zgłoszonych w odwołaniu wniosków dowodowych.

Zamawiający wskazał, że nie powinno budzić wątpliwości, że z przedłożonych przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp dokumentów wynika, że Odwołujący już po upływie terminu składania ofert, powoływał się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, chociaż w swojej ofercie nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Takie zachowanie Wykonawcy jest zakazane w art. 123 ustawy Pzp.

Z uwagi na jednoznaczność dokumentów złożonych przez Odwołującego na wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, a także z powodu nie wskazania w punkcie 9 i 10 Formularzu oferty informacji, że Wykonawca nie będzie powoływał się na doświadczenie podmiotów udostępniających zasoby, nie zachodziła konieczność wzywania w trybie art. 274 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp. Innymi słowy, w niniejszym postępowaniu nie wystąpiły sytuacje określone w art. 274 ust. 2 lub 3 ustawy Pzp. Odwołujący złożył wszystkie wymagane prawem i SWZ podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień składania ofert. Kwestia oceny ich treści i ewentualnych skutków prawnych (powoływanie się na potencjał osoby trzeciej wbrew oświadczeniu zawartym w ofercie) pozostaje poza obszarem norm określonych w art. 274 ust. 2 czy 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez przeprowadzenia negocjacji dotyczącym zadania pn. „Odnowa i wykonanie oznakowania poziomego na ulicach miasta Koszalina” nr zamówienia TZP.221.13.2022.DSz, nie naruszył wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp i w sposób prawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucił ofertę Odwołującego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 20 kwietnia 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ABES Sp. z o.o. z siedzibą w Leźnie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 23 kwietnia 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego wraz z uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 maja 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowód złożony przez Odwołującego, tj. umowę użyczenia z dnia 1 stycznia 2021 r.

Izba działając na podstawie art. 541 ustawy Pzp oddaliła wniosek dowodowy Odwołującego o przeprowadzenie dowodów z zeznań świadka p. P. O. na okoliczność trwałego użyczenia Odwołującemu szczotek mechanicznych (Faun Viatic GmbH – Renault Midlum GKA 26373 oraz Johnston 142A 101T) uznając, że został powołany jedynie dla zwłoki. Zgodnie z art. 541 ustawy Pzp, Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki. Zadaniem Izby w toku postępowania odwoławczego jest ocena prawidłowości czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które Izba rozpoznaje w granicach zarzutów odwołania. W przedmiotowej sprawie, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, iż dopuszczenie dowodu wnioskowanego przez Odwołującego było zbędne dla rozpoznania istoty niniejszej sprawy, co w konsekwencji prowadziło do nieuzasadnionego przedłużenia postępowania odwoławczego. Jednocześnie okoliczność użyczenia Odwołującemu szczotek mechanicznych potwierdza inny dowód złożony przez Odwołującego, tj. umowa użyczenia z dnia 1 stycznia 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 4. opisu przedmiotu zamówienia: Przedmiot umowy należy wykonać przy wykorzystaniu co najmniej następującego sprzętu:

- a) malowarki samobieżne – 2 szt.,
- b) malowarki do wykonywania drobnych elementów - 2 szt.,
- c) szczotki mechaniczne – 1 szt.,
- d) frezarka lub śrutownica do likwidacji oznakowania – 1 szt.

W przypadku korzystania ze sprzętu nie będącego własnością Wykonawcy, Wykonawca przed podpisaniem umowy przedłoży oświadczenie właściciela o udostępnieniu tego sprzętu.

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 1 ppkt 1 lit. c) SWZ, o udzielenie zamówienia może się ubiegać Wykonawca, który spełnia poniżej określone warunki udziału w postępowaniu dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej:

dysponuje narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu wykonania zamówienia, minimum:

- malowarki samobieżne – 2 szt.,
- malowarki do wykonywania drobnych elementów – 2 szt.
- szczotki mechaniczne – 1 szt.
- frezarka lub śrutownica do likwidacji oznakowania – 1 szt.

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 2 ppkt 1 lit. c) SWZ, podmiotowe środki dowodowe wymagane przez Zamawiającego, które należy złożyć na wezwanie, o którym mowa w art. 274 ust. 1 ustawy: na potwierdzenie, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale VII SWZ: wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacjami o podstawie do dysponowania tymi zasobami (Załącznik Nr 9).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło czterech wykonawców.

Wykonawca Saferoad Kabex Sp. z o.o. nie złożył oświadczenia w zakresie punktu 9 oferty. Zgodnie z tym punktem „9. OŚWIADCZAM, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, będziemy polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych, niżej wymienionych podmiotów udostępniających zasoby:

TAK*

*(należy zaznaczyć, gdy Wykonawca przewiduje udział podmiotów udostępniających zasoby: w przypadku zaznaczenia wraz z ofertą należy złożyć zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby).” Z kolei w punkcie 10. oferty Odwołujący wskazał, że nie zamierza powierzyć podwykonawcom żadnej części zamówienia.

Wykonawca Saferoad Kabex Sp. z o.o. nie złożył wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

W dniu 30 marca 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacjami o podstawie do dysponowania tymi zasobami (załącznik nr 9).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył załącznik nr 9, w którym wskazał m.in. że dysponuje sprzętem odpowiadającym wymaganiom Zamawiającego, w tym szczotką mechaniczną – 1 szt. na podstawie umowy użyczenia. Jednocześnie Odwołujący złożył oświadczenie P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zieleń Serwis Polbud P. O. z dnia 24 marca 2022 r., z którego wynika, iż ww. podmiot użyczy Saferoad Kabex Sp. z o.o. sprzęt wyszczególniony poniżej: zmiatarka wyposażona w szczotki mechaniczne: 1. Faun Viatec GmbH – podwozie Renault Midlum, 2. Johnston 142A 101T – maszyna wolnobieżna, na potrzeby wykonania robót będących przedmiotem zamówienia pn. „Odnowa i wykonanie oznakowania poziomego na ulicach miasta Koszalina” (znak sprawy: TZP.221.13.2022.Dsz).

W dniu 12 kwietnia 2022 r. za najkorzystniejszą Zamawiający uznał ofertę wykonawcy ABES Sp. z o.o.

Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b) ustawy Pzp, jako niespełniającą warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu ww. decyzji Zamawiający w szczególności wskazał, że przesłany przez Odwołującego na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych”, stanowiący załącznik nr 9 do SWZ w pozycji „szczotki mechaniczne”, nie potwierdza spełnienia przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

W w/w załączniku Wykonawca wpisał w pozycji „szczotki mechaniczne” podstawę dysponowania „umowa użyczenia”, załączając równocześnie oświadczenie Pana P. O., użyczającego powyższy sprzęt.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 „Formularz oferty” Zamawiający żądał w punkcie 9 oświadczenie przez wykonawcę, czy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, będzie polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych. W przypadku odpowiedzi „Tak”, wykonawca zobowiązany był do złożenia wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby (załącznik nr 5 do SWZ). W złożonej ofercie w Załączniku nr 1 w punkcie 9, wykonawca nie wskazał, że przewiduje udział podmiotów udostępniających zasoby, jak również nie złożył załącznika nr 5 do SWZ, co oznacza, że Wykonawca opiera się jedynie na własnych zdolnościach.

Zamawiający przywołał art. 118 i art. 123 ustawy Pzp i wskazał, że brak złożenia zobowiązania skutkuje utratą możliwości powołania się w toku postępowania na zasoby podmiotów trzecich.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 118 ustawy Pzp, art. 123 ustawy Pzp oraz art. 274 ust. 2 i 3 ustawy Pzp.

Osią sporu między Stronami postępowania odwoławczego było to, czy wykonawca Saferoad Kabex Sp. z o.o. po upływie terminu składania ofert powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie potencjału technicznego dotyczącego szczotki mechanicznej. Rozważenia wymagało jaki charakter miało oświadczenie p. P. O. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zieleń Serwis Polbud P. O. z dnia 24 marca 2022 r. złożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy stanowiło zobowiązanie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, czy też inne oświadczenie wymagane przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia.

Stosownie do treści art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Zgodnie natomiast z art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp).

Zgodnie z art. 118 ustawy Pzp, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału

w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów (art. 118 ust. 3 ustawy Pzp).

Stosownie do art. 123 ustawy Pzp, wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby. Powyższy przepis w sposób jednoznaczny wyjaśnia, iż w sytuacji gdy na moment składania ofert wykonawca powołuje się na własny potencjał, to zakazane jest jego zastąpienie potencjałem podmiotu trzeciego na dalszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

W myśl art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby analiza okoliczności przedmiotowej sprawy nie potwierdza, że Odwołujący po upływie terminu składania ofert - wbrew przepisom ustawy Pzp - powołał się na zdolności podmiotu trzeciego w zakresie potencjału technicznego dotyczącego szczotki mechanicznej.

Izba wskazuje, iż nie było sporne między Stronami, że Odwołujący w formularzu oferty nie oświadczył, że będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. Do formularza oferty Odwołujący nie załączył zobowiązania, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp. Bezspornie w wykazie narzędzi złożonym przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp jako podstawę dysponowania szczotką mechaniczną Wykonawca wskazał „umowa użyczenia” – nie zaś zobowiązanie podmiotu trzeciego. W tym miejscu Izba wskazuje, iż okoliczność podania przez wykonawcę jako podstawy dysponowania sprzętem – umowy użyczenia nie oznacza automatycznie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. Zasadnym jest przyjęcie, że umowa użyczenia zapewnia wykonawcy wystarczający tytuł do dysponowania określonym sprzętem, uprawniający wykonawcę do używania sprzętu i korzystania z niego w sposób zgodny z przeznaczeniem. W takim przypadku nie będzie to dysponowanie potencjałem podmiotu trzeciego w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający oraz Przystępujący pominieli kluczową dla rozpoznania istoty sporu kwestię wynikającą z postanowienia punktu 4. opisu przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ww. punktem „w przypadku korzystania ze sprzętu nie będącego własnością Wykonawcy, Wykonawca przed podpisaniem umowy przedłoży oświadczenie właściciela o udostępnieniu tego

sprzętu”. Skoro zatem sam Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia oświadczenia właściciela sprzętu o udostępnieniu sprzętu, to nie można wywodzić negatywnych skutków wobec Wykonawcy, który zastosował się do wytycznych Zamawiającego wynikających ze specyfikacji składając stosowne oświadczenie. Nie umknęło uwadze Izby, że Zamawiający oraz Przystępujący nie podjęli polemiki z Odwołującym w powyższym zakresie. W szczególności Zamawiający nie wyjaśnił na jakiej podstawie przyjął, iż oświadczenie p. P. O. z dnia 24 marca 2022 r. stanowiło zobowiązanie, o którym mowa w art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, nie zaś inne oświadczenie wymagane przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Zamawiający nie podał przyczyn żądania oświadczenia wskazanego w punkcie 4. opisu przedmiotu zamówienia oraz jego ewentualnej relacji do zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Słusznie również zauważył Odwołujący, iż w sytuacji gdy Zamawiający doszedł do przekonania, że przedstawione przez Odwołującego dokumenty mogą świadczyć o powołaniu się na potencjał osoby trzeciej po upływie terminu składania ofert, wbrew oświadczeniu zawartemu w ofercie, to przed odrzuceniem oferty Odwołującego winien wezwać Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień, czego Zamawiający w tej sprawie zaniechał. Podkreślić należy, iż czynność odrzucenia oferty z postępowania o udzielenie zamówienia ma charakter sankcyjny, pozbawia wykonawcę szans na uzyskanie zadania publicznego. Nie jest zatem prawidłowe dokonywanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie przypuszczeń zamawiającego, czy też z góry przyjętych założeń, zwłaszcza wówczas gdy złożone dokumenty podmiotowe i treść oferty wykonawcy wydają się niespójne. Zamawiający nie może również weryfikować treści oferty wykonawcy i środków podmiotowych w oderwaniu od wymagań postawionych w specyfikacji warunków zamówienia. Zauważyć należy, iż gdyby w okolicznościach rozpoznawanej sprawy Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w przedmiocie korzystania z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie sprzętu technicznego, to Wykonawca mógłby logicznie wyjaśnić charakter i przyczyny złożenia oświadczenia p. P. O. z dnia 24 marca 2022 r., jak również relacje łączące Odwołującego z p. P. O. w zakresie użyczenia omawianego sprzętu na podstawie umowy z dnia 1 stycznia 2021 r. Analiza okoliczności przedmiotowej sprawy oraz złożonej przez Odwołującego umowy użyczenia sprzętu potwierdzają, że relacje między Odwołującym a p. P. O. pozostają w oderwaniu od tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia, na co wskazuje choćby data zawarcia umowy użyczenia oraz jej zakres przedmiotowy (szerszy niż wymagany na potwierdzenie spełniania warunku), a zatem nie można przesądzić, że pomiędzy ww. podmiotami istnieje związek świadczący o wykorzystaniu zasobów osoby trzeciej w rozumieniu wynikającym z ustawy Pzp na potrzeby tego postępowania.

Podsumowując powyższe, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, brak jest podstaw do uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale VII pkt 1 ppkt 1 lit. c) SWZ w zakresie dotyczącym szczotki mechanicznej. Tym samym podniesione w odwołaniu zarzuty potwierdziły się.

W konsekwencji powyższego potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 oraz art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp polegający na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy ABES sp. z o.o. w Leźnie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: