

Sygn. akt: KIO 711/19

WYROK

z dnia 29 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Poprawa

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 kwietnia 2019 r. przez **wykonawcę S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Zarząd Zasobu Komunalnego Jednostka Budżetowa Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu**

- A. przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie A.R., R.C., Z.M. prowadzących działalność gospodarczą jako „MAYRO” Spółka Cywilna we Wrocławiu**, zgłaszających swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 711/19 po stronie odwołującego,
- B. przy udziale **wykonawcy EpaGreen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 711/19 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- 1.1 unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2, wezwanie wykonawcy EpaGreen Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j) do złożenia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie realizacji zamówienia, odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów oraz

powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem wyniku dokonanej oceny złożonego zobowiązania.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Zarząd Zasobu Komunalnego Jednostkę Budżetową Gminy Wrocław we Wrocławiu 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 S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu,
- 2.2. zasądza od zamawiającego Zarządu Zasobu Komunalnego Jednostki Budżetowej Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu na rzecz odwołującego S&A Service Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), 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

Zamawiający - **Zarząd Zasobu Komunalnego Jednostka Budżetowa Gminy Wrocław z siedzibą we Wrocławiu** prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn. „ Usługa koszenie trawy na terenach zarządzanych przez ZZK”. ZZK- WP/290/3400/2/19. Postępowanie prowadzone jest z dopuszczeniem składania ofert częściowych w zakresie trzech części – zadań.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 518312-N-2019 z dnia 2019-03-01. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

W dniu 16 kwietnia 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę **S&A Service** Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu w zakresie zadania nr 1 i zadania nr 2, polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę EPA Green Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu w obydwu zadaniach.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

art. 26 ust. 4 i / lub art 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania dotychczas wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się, i które budzą uzasadnione wątpliwości Odwołującego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w nawiązaniu do art. 22a ust. 4 Pzp – w zw. z naruszeniem postanowień powyższych przepisów - dodatkowe naruszenie postanowień art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu jej wyboru niezgodnie z ustawą Pzp .

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: dokonania czynności polegającej na unieważnieniu dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania ofert polegających w szczególności na:

- a) zbadaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym

zdolności technicznej Wykonawcy - EpaGreen Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - poprzez zażądanie wyjaśnień i dowodów w tej kwestii,

- b) odrzuceniu oferty dotychczas wybranego Wykonawcy na podstawie art 89 ust 1 ustawy Pzp jeśli Wykonawca nie dostarczy w wyznaczonym terminie wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej - doświadczenia lub załączone wyjaśnienia i dowody potwierdzą, iż wykonawca nie spełnia tego warunku,
- b) zasądzeniu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu na odwołanie i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, bowiem to jego oferta (znajdująca się w rankingu ofert drugim miejscu dla zadania nr 1 i na trzecim miejscu dla zadania nr 2) a nie dotychczas wybranego Wykonawcy winna zostać wybrana, jako oferta najkorzystniejsza. Oferta Odwołującego jest ważna, nie podlega odrzuceniu oraz spełnia warunki określone w SIWZ, w tym warunki udziału w postępowaniu określone względem Wykonawcy. Odwołujący posiada interes prawny w dla zadania nr 1 i zadania nr 2.

Pomimo, iż dla zadania nr 2 oferta Odwołującego znajduje się aktualnie na trzecim miejscu w rankingu ofert, nie można wykluczyć, iż drugi w kolejności wykonawca, którego oferta jeszcze nie została ostatecznie zweryfikowana na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie udziału w postępowaniu, z uwagi na przewidzianą w przetargu procedurę odwróconą, nie wykaże w przypadku uznania odwołania spełnienia warunków. W takiej sytuacji Odwołujący po dokonaniu przez Zamawiającego oceny będzie miał potencjalną możliwość uzyskania umówienia. Tym samym Odwołujący wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść realną szkodę, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odwołania, Odwołujący podniósł, że celem ustawy Pzp jest zapewnienie Zamawiającemu wybrania Wykonawcy, który nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu (tu w odwołaniu - doświadczenie) i który złożył ofertę najkorzystniejszą oraz odpowiadającą wymaganiom treści SIWZ pod kątem przedmiotu zamówienia.

W ocenie Odwołującego bezsporne jest, że Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu

do konkretnego zamówienia lub jego części, może polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych innego podmiotu. Powyższe wynika wprost z przepisu art. 22a ust 1 ustawy Pzp.

Jednak powoływanie się na takowe zasoby nie może być teoretyczne a w rzeczywistości fikcyjne i nastąpić tylko dla dopełnienia formalności związanych ze złożeniem oferty. Powoływanie się na zasoby trzecie musi być realne i znaleźć swoje odzwierciedlenie podczas realizacji zamówienia.

Obowiązek ten znalazł swoje odzwierciedlenie w ustawie - Prawo zamówień publicznych, zgodnie bowiem z art. 22a ust. 4 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający Zarząd Zasobu Komunalnego postawił warunek doświadczenia (tj. Wykonawca ma wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonał należycie co najmniej 1 (jedną) usługę polegającą na wykonaniu koszenia trawy o wartości nie mniejszej niż 50 000 zł).

Wykonawca EpaGreen Sp. z o.o., którego aktualnie oferta uznana została za najkorzystniejszą w zakresie owego warunku odnoszącego się do doświadczenia, powołał się na zdolności innego podmiotu - Zakładu Usług Zachód Sp. z o.o.

W związku z powyższym zgodnie z art 22a ust 4 ustawy Pzp, podmiot ten powinien wykonać zamówienie zgodnie z deklaracją tj. faktycznie uczestniczyć w realizacji przedmiotu zamówienia.

Jeśli bowiem podmiot trzeci, na którego zasoby powołuje się Wykonawca nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia w zakresie użytych zasobów to Wykonawca nie powinien powoływać się na te zasoby celem wykazania spełnienia warunków udziału W postępowaniu.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2016 r „KIO 1756/16: „ *Udowodnienie polegania na zasobach innych podmiotów w przedmiocie m.in. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, należy do zakresu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez dysponowanie udostępnionymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, co stanowi istotę polegania na zasobach innych podmiotów wynikającego z regulacji ustawowej.*”

Natomiast zarówno w Formularzu oferty - załącznik nr 1 do SIWA, gdzie wskazano udział podmiotu trzeciego jako tylko koordynowanie prac, jak i w oświadczeniu podmiotu udostępniającego zasoby - załącznik nr 5 do SIWZ, gdzie wykazano rolę podmiotu trzeciego jako nadzór nad pracownikami, Wykonawca EpaGreen Sp. z o.o. - wskazuje Zamawiającemu, że co do zasady zamówienie będzie wykonywał sam.

Tożsamy stanowisko można odczytać ze złożonych przez ww. Wykonawcę wyjaśnień rażąco niskiej ceny odnoszących się do zadania nr 1 i zadania nr 2 z dnia 09.04.2019 r. gdzie uwzględniono koszt pracowników wykonujących zadanie zatrudnionych na umowę o pracę jedynie dla samego Wykonawcy EpaGreen Sp. o.o. a koszt koordynowania prac przez Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. wyceniono jako osobną pozycję odpowiednio do zadań:

- 1) 3.000 zł
- 2) 2.000 zł.

Można by uznać, że Wykonawca sam się wykluczył z postępowania, bowiem przedstawiając wyjaśnienia rażąco niskiej ceny nie uwzględnił pracowników Zakładu Usług Zachód Sp. z o.o. którzy winni realizować przedmiot zamówienia, w zakresie w którym udostępniono wykonawcy zasoby.

Odwołujący podnosi, iż firma EpaGreen Sp. z o.o. nie może tych prac wykonać samodzielnie, jako że samodzielnie nie spełnia danego warunku w zakresie doświadczenia, tj. wykonaniu koszenia trawy o wartości nie mniejszej niż 50 000 zł - i niezależnie od tego, jak wysoko ocenia swoje umiejętności.

Powyższe stanowiłoby to bowiem obejście przepisów, nie tylko art. 22a Pzp, ale również samej zasady, że zamówienie ma wykonać podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe (art. 22 ustawy Pzp), które z kolei wskazywane i oceniane są według warunków określonych przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W konsekwencji uznanie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia za pośrednictwem podmiotu trzeciego, który de facto w rzeczywistości nie uczestniczy w realizacji zamówienia - naruszałoby podstawowe zasady zamówień publicznych tj. zasadę zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Reasumując, wykonawcom na wstępie postawiono inne zasady/warunki ubiegania się o zamówienie i realizacji zamówienia, ale nie są one egzekwowane podczas wyboru Wykonawcy.

Proces wyboru najkorzystniejszej oferty jest wieloetapowy co wynika z wykładni systemowej ustawy Pzp, a także celu każdego postępowania.

Wybór najkorzystniejszej oferty zgodny z przepisami prawa, to wybór nie tylko zgodny z kryteriami oceny ofert określonymi w SIWZ, ale także przede wszystkim wybór oferty ważnej tj. złożonej przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Podkreśla się znaczenie wyboru najkorzystniejszej oferty wskazując, iż jest to ukoronowanie szeregu czynności i działań lub zaniechań i ta właśnie końcowa czynność w łańcuchu decyzyjnym podlega odwołaniu. W świetle wykładni celowościowej nie ma znaczenia to, który element procesu decyzyjnego był wadliwy.

Wobec powyższych dowodów dotychczas wybrany Wykonawca nie potwierdził w swojej ofercie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadanego doświadczenia w zakresie należytego wykonania co najmniej 1 (jednej) usługi polegającej na wykonaniu koszenia trawy o wartości nie mniejszej niż 50 000 zł., co budzi u Odwołującego uzasadnione przekonanie o niewłaściwym wyborze oferty Wykonawcy EpaGreen Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Firma wskazana jako podmiot trzeci, którą Wykonawcy EpaGreen Sp. z o.o. wskazało celem wykazania spełniania warunku w ww. zakresie - nie załączyła zobowiązania, z którego wynikałby jej udział w rzeczywistej realizacji zamówienia w zakresie koszenia trawy a jedynie zobowiązanie do koordynowania prac (Formularz oferty – Załącznik nr 1 do SIWZ) oraz do nadzoru nad pracownikami (Załącznik nr 5 do SIWZ).

Istotą realizacji przedmiotu zamówienia jest więc wykonywanie usługi koszenia traw a nie ich koordynowanie/nadzór.

Reasumując, właśnie z ww. powodów wskazujących niedopełnienie obowiązku sprawdzenia przez Zamawiającego wymogu realizacji bezpośrednio przez podmiot udostępniający, zdolności wymagane SIWZ, przy jednoczesnym niewykazaniu przez Wykonawcę EpaGreen Sp. z o.o. spełnienia warunków samodzielnie.

Zamawiający powinien zgodnie z postanowieniami art. 26 ust 4 i lub art 26 ust 3 oraz art. 87 ust 1 ustawy Pzp, zaważać dotychczas wybranego Wykonawcę do złożenia stosownych wyjaśnień i dowodów, czego jednak jak wskazano powyżej nie uczynił.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł jak w treści odwołania - o zobowiązanie Zamawiającego do dokonania czynności polegającej na unieważnieniu dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzeniu czynności badania ofert,

polegających w szczególności na:

- a) zbadaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej Wykonawcy- EpaGreen Sp. z o.o. poprzez zażądanie wyjaśnień i dowodów w tej kwestii,
- b) odrzuceniu oferty dotychczas wybranego wykonawcy na podstawie art 89 ust. 1 ustawy Pzp jeśli Wykonawca nie dostarczy w wyznaczonym terminie wyjaśnień, w tym dowodów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej - doświadczenia lub załączone wyjaśnienia i dowody potwierdzą, iż wykonawca nie spełnia tego warunku,
- c) zasądzeniu na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego tj. kosztów złożenia odwołania, kosztów transportu na odwołanie i ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego, zgodnie z właściwymi przepisami.

Dnia 23 kwietnia 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie A.R., R.C., Z.M. prowadzący działalność gospodarczą jako „MAYRO” Spółka Cywilna we Wrocławiu, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Dnia 23 kwietnia 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca EpaGreen Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Przystępującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych w postaci pism procesowych oraz ustnie na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm. dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 16 kwietnia 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 11 kwietnia 2019 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało również potwierdzone na posiedzeniu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego

zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionych przez wykonawców wspólnie ubiegający się o zamówienie A.R., R.C., Z.M. prowadzących działalność gospodarczą jako „MAYRO” Spółka Cywilna we Wrocławiu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego oraz przez wykonawcę EpaGreen Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 Pzp. Kopie przystąpienia zostały przesłane Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co zostało również potwierdzone na posiedzeniu z udziałem Stron i Uczestników postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, a także stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

- Art. 26 ust. 4 Pzp:

Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

- Art. 26 ust. 3 Pzp:

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.

- Art. 87 ust. 1 Pzp:

W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

- Art. 22a ust. 4 Pzp:

W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

- Art. 89 ust. 1 pkt 1) Pzp:

Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż Izba rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu, ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego, odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez wykonanie konkretnych czynności w postępowaniu, lub poprzez zaniechanie czynności do których był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający naruszył przepisy prawa zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 1.art. 26 ust. 4 i / lub art 26 ust. 3 oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania dotychczas wybranego Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się, i które budzą uzasadnione wątpliwości Odwołującego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego, w nawiązaniu do art. 22a ust. 4 Pzp – w zw. z naruszeniem postanowień powyższych przepisów - dodatkowe naruszenie postanowień art. 89 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp na skutek zaniechania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy z powodu jej wyboru niezgodnie z ustawą Pzp – wskazać należy, iż zarzut został potwierdzony.

W analizowanym stanie faktycznym, bezspornym dla stron jest okoliczność, iż Wykonawca EpaGreen Sp. z o.o. w treści formularza ofertowego złożył oświadczenie (pkt 11), że zamierza realizować zamówienie z udziałem podwykonawców. Ponadto, z zobowiązania podmiotu Zakłady Usługowe Zachód Sp. z o.o. - wskazanego w ofercie jako podwykonawca, wynika iż podmiot ten udostępni wykonawcy swoje zdolności techniczne, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, określonego w SIWZ w pkt III. 3, polegającego na wykazaniu się w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – **wykonaniem należytych co najmniej 1 (jednej) usługi polegającej na wykonaniu koszenia trawy o wartości nie mniejszej niż 50 000 zł.**

Z treści oferty Wykonawcy EpaGreen Sp. z o.o. oraz zobowiązania załączonego do oferty przez podmiot udostępniający zasoby, wynika iż podmiot ten będzie brał udział w realizacji zamówienia jedynie w zakresie koordynowania prac i nadzoru nad pracownikami, poprzez oddelegowanie pracownika na czas obowiązywania umowy, przez okres trwania umowy między Wykonawcą a Zamawiającym.

Warunek ustanowiony przez Zamawiającego, co do wymaganego zakresu, polegał na wykazaniu się wykonaniem co najmniej jednej usługi koszenia trawy o wartości nie mniejszej niż 50 000 zł.

Zamawiający i Przystępujący do Zamawiającego wykazywali na rozprawie, iż nadzór nad pracownikami koszącymi trawę oraz koordynacja ich pracy są ważnym elementem, wchodzącym w skład usługi koszenia trawy, uzasadniając, iż udział podwykonawcy jedynie w tym zakresie jest wystarczający dla właściwej realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby, nie można zgodzić się z Zamawiającym i Przystępującym do Zamawiającego, iż w przedmiotowym stanie faktycznym wystarczającym będzie, aby podmiot, na którego zasoby powoływał się wykonawca przy wykazaniu spełnienia w całości warunku udziału w postępowaniu, uczestniczył w realizacji zamówienia jedynie w zakresie stanowiącym element usługi, będącej warunkiem udziału w postępowaniu. Taka interpretacja prowadziłaby do uznania, iż na etapie oceny ofert, Zamawiający dokonuje zmiany warunku udziału w postępowaniu w stosunku do warunku ustanowionego w treści SIWZ, bowiem za wystarczające uzna (w przypadku powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego) wykazanie się dysponowaniem przez Wykonawcę zasobami podmiotu trzeciego, niezbędnymi do realizacji zamówienia, jedynie w zakresie stanowiącym część, pewien element wymaganego doświadczenia, stanowiącego warunek udziału w postępowaniu. Nie można uznać, iż udostępnione Wykonawcy zdolności techniczne w postaci nadzoru nad

pracownikami – stanowiącymi element, część wymaganej usługi koszenia trawy, pozwala na wykazanie spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w pełnym zakresie.

Ustawodawca, w art. 22a ust. 4 Pzp ustanowił obowiązek realizacji zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby w postaci m.in. doświadczenia, w zakresie w którym wykonawca ten, powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Nie można zatem uznać, iż podmiot wykazujący spełnienie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie, będzie uczestniczył w realizacji tego zamówienia jedynie w pewnym, wybranym przez siebie zakresie, stanowiącym element a nie całość wykazywanego doświadczenia.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, iż w sytuacji kiedy podmiot trzeci udostępni swoje zasoby, polegające na wykazaniu doświadczenia stanowiącego warunek udziału w postępowaniu, podmiot ten zobowiązany jest do osobistego wykonania tej części zamówienia, która była objęta warunkiem udziału w postępowaniu. Taka okoliczność stanowi wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku z 13 marca 2017 sygn. akt KIO 359/17, gdzie w analogicznym stanie faktycznym Izba orzekła: *„Innym natomiast badaniem, jest ustalenie przez zamawiającego, czy potencjał udostępniony wykonawcy, na potrzeby realizacji zamówienia, rzeczywiście będzie mógł być wykorzystany. Odnosząc się do wskazanego powyżej przypadku - doświadczenia, wymagało ono wykazania zamawiającemu, np. w formie zobowiązania podmiotu trzeciego, iż ten będzie realizował roboty budowlane lub usługi, do których jego zdolności są wymagane. Nie można zatem zrównywać obu wymienionych powyżej zakresów czynności zamawiającego do jednej tezy, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia jest samo przedłożenie zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zdolności. Nie można bowiem pomijać, iż potencjał podmiotu trzeciego, dopuszczony do wykorzystania w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ma znaczenia dla dalszych czynności związanych z realizacją zamówienia. Ustawodawca obecnie wyraźnie wskazuje na potrzebę badania przez zamawiającego, czy potencjał podmiotu trzeciego dotyczący, tak jak w niniejszej sprawie, doświadczenia koniecznego do uznania, iż wykonawca jest zdolny do wykonania zamówienia, będzie mógł być wykorzystany poprzez udział podmiotu trzeciego w realizacji części prac, do których zdolności te są wymagane. (...) Nie można pomijać celu, w jakim zamawiający żąda doświadczenia pozwalającego przyjąć, iż wykonawca posiada odpowiednią praktykę do tego aby należycie wykonać usługę. Nie jest wystarczającym samo wykazanie, iż zaplecze jakim dysponuje, czy też zasoby osobowe, pozwalają na wykonanie usługi, co stanowi samoistną*

podstawę weryfikacji podmiotowej wykonawców w ramach zdolności technicznej. Skoro Zamawiający wymagał doświadczenia ustalonego pod potrzeby konkretnego zamówienia i wymagań jakie ono stawia przed mającym je zrealizować podmiotem, to aby spełnić warunek przy braku własnego doświadczenia, wykonawca korzystający z potencjału podmiotu trzeciego jedynie na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, nie może być zweryfikowany jako dający rękojmię należytej realizacji usługi. Taka formalna tylko weryfikacja udostępnienia potencjału, bez sprawdzenia, czy podmiot trzeci będzie realizował zamówienie, prowadziłaby do nierównego traktowania wykonawców i stwarzania obszaru do nadużyć.

Powyższe wskazuje zatem na bezpodstawność stawianych Zamawiającemu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 22a. ust. 1 Ustawy”.

Dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, wykonawca polegający na zdolnościach innego/innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu (w szczególności przedstawiając zobowiązanie tego/tych podmiotów), że realizując zamówienie będzie dysponował zasobami tego/tych podmiotów, niezbędnymi na potrzeby realizacji zamówienia. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, dokonywanej przez Zamawiającego. Na podstawie treści złożonego zobowiązania, Zamawiający powinien uzyskać pewność, że wykonawca odwołujący się przy wykazywaniu swojej zdolności do realizacji zamówienia do zasobów innego podmiotu, realnie będzie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych zasobów, na potrzeby realizacji zamówienia. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich realizacja zamówienia będzie odbywała się przy udziale zasobów innego podmiotu, umożliwiającą egzekwowanie poprawnej realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania innego podmiotu, przedstawione przez wykonawcę, umożliwi Zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zatem brak zobowiązania, jego wadliwość czy wątpliwości wynikające z treści zobowiązania w zakresie dysponowania odpowiednimi zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia co do potwierdzenia posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, podlegają procedurze wskazanej w art. 26 ust. 3 Pzp, zgodnie z którą *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.

Powyższa norma nakłada na Zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia dokumentów, o ile zachodzą przesłanki przytoczone w przepisie. Zamawiający może odstąpić od wezwania jedynie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu pomimo uzupełnienia dokumentów lub zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania (por. wyrok z dnia 8 kwietnia 2019 sygn. akt KIO 494/19).

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, stwierdzić należy nieprawidłowość działań podjętych przez Zamawiającego.

Załączone do oferty zobowiązanie podmiotu trzeciego potwierdza jedynie udostępnienie zasobów w zakresie nadzoru nad pracownikami w okresie obowiązywania umowy, co stanowi część, element zakresu wchodzącego w skład usługi koszenia trawy. Biorąc pod uwagę okoliczność, iż podwykonawca składający zobowiązanie udostępnia swoje zasoby w zakresie wymaganego doświadczenia na potrzeby wykazania przez Wykonawcę EpaGreen Sp. z o.o. warunków udziału w postępowaniu, to złożone zobowiązanie nie może być uznane jako udowadniające Zamawiającemu, że zgodnie z art. 22a ust. 2 Pzp, realizując zamówienie Wykonawca ten będzie dysponował niezbędnymi zasobami tego podmiotu na potrzeby realizacji zamówienia.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, złożone przez Wykonawcę EpaGreen Sp. z o.o. wraz z ofertą na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, winno wzbudzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie wykazania realności udostępnianych zasobów. Zawarte w zobowiązaniu oświadczenie: „*sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przez Wykonawcę – nadzór pracowników w okresie obowiązywania umowy*” nie mogło dać Zamawiającemu pewności co do realności udostępnionych zasobów przez podmiot trzeci w zakresie realizacji usługi koszenia trawy, a tym samym winno budzić wątpliwości dotyczące wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę EpaGreen Sp. z o.o. W tych okolicznościach, Zamawiający winien wezwać Wykonawcę EpaGreen Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego w zakresie realizacji zamówienia, odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów.

Wobec powyższych okoliczności, wskazać należy na zasadność postawionych Zamawiającemu zarzutów.

Mając na uwadze wszystko powyższe, Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz na podstawie § 3 pkt 1) i pkt 2 lit. b) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: