

Sygn. akt: KIO 2874/22

WYROK
z dnia 17 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** oraz **EPA Green Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu**

przy udziale:

- A. wykonawcy **Park – M Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego,
- B. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** oraz **A. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. Sz. Firma Salus w Kobierzycach** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 4 zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w ww. części, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** oraz **A. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. Sz. Firma Salus w Kobierzycach** na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w punkcie 8.1.4) lit. a zadanie nr 4 oraz punkcie 8.1.4) lit. b specyfikacji warunków zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
- 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 614 zł 32 gr (słownie: piętnaście tysięcy sześćset czternaście złotych trzydzieści dwa grosze) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz dojazdu na rozprawę.

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 – 2 Wojskowy Oddział Gospodarczy we Wrocławiu [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *sprzątanie terenów zewnętrznych oraz utrzymanie i pielęgnację terenów zielonych na potrzeby Sekcji Obsługi Infrastruktury w Brzegu, Oleśnicy, Jastrzębiu i Kłodzku* (znak postępowania: INFR/420/2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2022 r. pod numerem nr 2022/S 145-413860.

W dniu 31 października 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S&A Service Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz EPA Green Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu [dalej „Odwołujący”] wnieśli odwołanie w zakresie części nr 4 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, a także art. 17 ust. 2 w zw. z art. 117 ust. 3. w zw. z art. 116 ustawy Pzp w zakresie oceny zdolności technicznej i zawodowej oraz art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez nieodrzućcenie oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i jest niezgodna z przepisami ustawy art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp oraz z art. 16 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert, w sytuacji gdy konsorcjum nie spełniło warunków zamówienia z uwagi na brak udziału w realizacji zamówienia podmiotu na zdolnościach którego konsorcjum wykazało spełnienie warunku w zakresie doświadczenia;

2. art. 128 ust. 1, 4 ustawy Pzp w zw. art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. art. 17 ust. 2, w zw. z art. 118, w zw. z art. 123 ustawy Pzp w zw. z art. 116 ustawy Pzp w zakresie oceny zdolności technicznej i zawodowej - poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechanie wezwania do ich wyjaśnienia, podczas gdy Konsorcjum przedłożyło wykaz osób, które nie potwierdza samodzielnego spełnienia warunku SWZ pkt. 9.1 ppkt. i), ani nie wskazuje rodzaju dokumentu na potwierdzenie doświadczenia zgodnie z zał. nr 10 do SWZ, a w konsekwencji art. 239 ust. 1 w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp oraz z art. 16 ustawy Pzp poprzez przyznanie Konsorcjum maksymalnej liczby punktów w ramach kryterium oceny ofert, w sytuacji gdy konsorcjum nie wykazało spełnienia warunku w zakresie dysponowania 2 pracownikami – ogrodnikami,

z uwagi na wykazanie tylko jednego z dwóch wymaganych pracowników konsorcjum posiadających wymagane wykształcenie i jednego podwykonawcy (niebędącego podmiotem trzecim w myśl art. 118 ustawy pzp); art. 17 ust. 2 w zw. z art. 239 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp, polegającego na wyborze najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów pzp i SWZ, tj. oferty podlegającej odrzuceniu, zamiast oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu nr 4;
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu;
4. odrzucenie oferty Konsorcjum na podstawie zarzutów zawartych w odwołaniu złożonego na zadanie nr 4 – Kłodzko;
5. jedynie w przypadku niepotwierdzenia się zarzutów skutkujących odrzuceniem oferty Konsorcjum z postępowania - wezwania Konsorcjum do złożenia wyjaśnień, uzupełnienia lub poprawienia złożonych dokumentów przedstawionych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. zadania nr 4 – Kłodzko.

Oдноśnie zarzutu, o którym mowa w punkcie 1. *petitum* odwołania Odwołujący przedstawił interpretację dotyczącą art. 117 ustawy Pzp, w szczególności wskazał, że w przypadku polegania przez członków konsorcjum na uprawnieniach, doświadczeniu, kwalifikacjach lub wykształceniu członka takiego konsorcjum, łączenie zdolności członków konsorcjum w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może następować w sposób dowolny. Liczy się rola, jaką członek grupy odegra przy realizacji zamówienia. Wymagane zdolności powinien posiadać co najmniej ten z konsorcjantów, który w ramach przyjętego wewnętrznie podziału zadań, wyznaczony zostanie do realizowania danej części zamówienia, z którą wiąże się obowiązek posiadania konkretnych uprawnień, doświadczenia, kwalifikacji lub wykształcenia. W celu potwierdzenia spełnienia tych warunków wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek złożenia wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofertą oświadczenia, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni współwykonawcy. *Ratio legis* art. 117 ust. 4 ustawy Pzp jest umożliwienie weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, iż w przedmiotowym postępowaniu celem spełnienia warunku udziału, w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, Konsorcjum polegało na

zdolnościach jednego z konsorcjantów, tj. Impel Facility Services Sp. z o.o. Jednocześnie, w Załączniku nr 6 do SWZ składanego wraz z ofertą, Konsorcjum złożyło oświadczenie dotyczące wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. W niniejszym oświadczeniu Konsorcjum wykazało, które usługi wykonają poszczególni wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie. Na podstawie niniejszego oświadczenia Impel Facility Services Sp. z o.o. realizować będzie jedynie usługi w pozostałym zakresie tj. zadania koordynacji usługi, nadzoru nad jej realizacją, rozliczania wykonywanej usługi, kontaktów z Zamawiającym, innych czynności administracyjnych oraz wsparcia w zakresie utrzymania czystości, pomimo iż Konsorcjum na spełnienie warunków udziału w postępowaniu oparło się na doświadczeniu tego wykonawcy w ramach realizacji usługi sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 60 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda oraz realizacji usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 250 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda. Z oświadczenia, o którym mowa powyżej, przedłożonego zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp wynika, iż realizacja prac związana z usługą sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 60 000 m² miesięcznie, oraz usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 250 000 m² miesięcznie realizowana będzie przez firmę A. Sz. Salus, a nie przez Impel Facility Services Sp. z o.o., który *de facto* jedyny wykazał się doświadczeniem wymaganym przez Zamawiającego.

Dzięki składanym przez Wykonawców oświadczeniom, Zamawiający jest w stanie dokonać weryfikacji i ustalić, czy w przypadku powierzenia realizacji konsorcjum, przedmiot zamówienia będzie wykonany w sposób należyty. Oświadczenia pozwalają ustalić, czy każdy z Wykonawców posiada niezbędne doświadczenie i umiejętności w zakresie, w jakim zamierza realizować zamówienie. Odwołujący wskazał, że zasadą wynikającą z art. 117 ust. 3 ustawy Pzp jest to, że doświadczenie poszczególnych wykonawców nie jest przekazywane pomiędzy nimi w ramach konsorcjum, a wymaganym doświadczeniem powinien legitymować się ten z konsorcjantów, który będzie realizował usługi, do których wykonania to doświadczenie jest potrzebne. Obecnie, w wyniku wprowadzenia regulacji w art. 117 ust. 2 *in fine* oraz ust. 3 *in fine*, także członkowie konsorcjum zostali zobligowani do osobistego wykonania części zamówienia, do których realizacji wymagane są zdolności przedłożone przez te podmioty na etapie postępowania. Przepisy ust. 2 i 3 zostały sformułowane w taki sposób, że wprowadzają warunek co do możliwości polegania na zdolnościach poszczególnych członków grupy w postaci rzeczywistego zaangażowania danego członka w etap realizacji odpowiedniej części zamówienia. Na etapie postępowania obowiązuje zatem dodatkowy wymóg w postaci złożenia oświadczenia wykonawcy, jako załącznika do wniosku lub oferty, z którego wynika przypisanie określonym członkom

konsorcjum obowiązku wykonania poszczególnych części zamówienia. Obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania przez Zamawiającego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oznacza takie organizowanie i kierowanie postępowaniem przez zamawiającego, aby w każdym jego stadium miała miejsce uczciwa rywalizacja między wykonawcami.

Wbrew wymogom SWZ oraz ustawy Pzp zamawiający zaniechał należytej oceny przedstawionego przez konsorcjum doświadczenia w powiązaniu z oświadczeniem z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, do czego był zobowiązany. Mając na uwadze powyższe naruszył on art. 16 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie obowiązku przygotowania i prowadzenia postępowania z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji, a także art. 17 ust. 2 w zw. z art. 117 ust. 3 w zw. z art. 116 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie oceny zdolności technicznej i zawodowej oraz art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty Konsorcjum, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. *petitum* odwołania Odwołujący wskazał, iż sposób pozwalający na udział w postępowaniu wykonawcy, który samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, określono w art. 118-123 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 118 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru łączących go z nimi stosunków prawnych. W tym celu należy zamawiającemu przedstawić zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, które potwierdzi, że wykonawca ma rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określi zakres zasobów, sposób i okres ich udostępnienia wykonawcy – np. podwykonawstwo (art. 118 ust. 3 i 4 ustawy Pzp). Wymagany przez zamawiającego potencjał kadrowy to osoby z odpowiednim wykształceniem, kwalifikacjami zawodowymi oraz doświadczeniem, które umożliwiają realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości.

W przedmiotowym postępowaniu celem spełnienia warunku udziału, w zakresie potencjału kadrowego należało wykazać się dysponowaniem 2 pracownikami – ogrodnikami, tj. osobami posiadającymi wykształcenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze i doświadczenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze minimum 2-letnie. Konsorcjum wykazało właściciela jednego z konsorcjantów, tj. p. A. Sz. oraz podwykonawcę p. K. S.-Sz. (zgodnie z treścią formularza ofertowego - współwłaścicielkę firmy „RUBIS” K. S.-Sz., A. Sz. s.c. z siedzibą w Ślęza, ul. Akacyjowa 4N lok. 1/18, 55-040 Kobierzyce). Jednocześnie, w Formularzu ofertowym, załącznik 3.4 do SWZ pkt. 11, Konsorcjum złożyło oświadczenie o treści „*Nie powołuję się na zasoby podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy, a więc osobiście spełniam warunki określone w punkcie 8 SWZ*”, ponadto Konsorcjum nie załączyło wraz z ofertą, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do

dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów – zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ. Dodatkowo zgodnie z treścią załącznika nr 10 „wykaz osób”, wykonawcy winni wskazać w kolumnie nr 4 tabeli „*rodzaj dokumentu na potwierdzenie doświadczenia*” – czego Konsorcjum nie uczyniło.

Odwołujący wskazał, iż w przypadku gdy z oferty nie wynikało, że wykonawca będzie polegał w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji innego podmiotu Konsorcjum winno powołać się na własny zasób. Obowiązek przygotowania i prowadzenia postępowania przez Zamawiającego z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oznacza takie organizowanie i kierowanie postępowaniem przez zamawiającego, aby w każdym jego stadium miała miejsce uczciwa rywalizacja między wykonawcami. Powyższe ustalenia prowadzą do wniosku, że zamawiający niezasadnie przyjął, że Konsorcjum spełnia niniejszy warunek. W wyżej opisanych okolicznościach zamawiający nie może jednak od razu odrzucić oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp - zastosowanie znajduje bowiem art. 128 ustawy Pzp. W wezwaniu, zgodnie z art. 128 ustawy Pzp, zamawiający powinien wyznaczyć przystępującemu odpowiedni termin na wykonanie ww. czynności. Następnie zamawiający powinien ocenić złożone przez przystępującego dokumenty i w zależności od wyniku tej oceny, odrzucić bądź nie odrzucić jego oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 listopada 2022 r. wniosk o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, że podniesione w wywiedzionym odwołaniu zarzuty oraz prezentowane w nim uzasadnienie kwestionują w istocie zapisy SWZ i OPZ przygotowane przez Zamawiającego na użytek prowadzonego postępowania. Wywiedzione z przepisów rangi ustawowej wnioski, a także i obowiązki nałożone przez te przepisy na Zamawiającego, według twierdzeń Skarżącego, prowadzić muszą do stwierdzenia, iż odwołanie w swej istocie jest spóźnione, gdyż kwestionuje zapisy dokumentów w oparciu o które prowadzone jest rzeczne postępowanie (SWZ i OPZ).

Zamawiający wskazał, iż złożona w niniejszym postępowaniu, a uznana za najkorzystniejszą oferta spełniała określone przez Zamawiającego warunki formalne, w szczególności co do zakresu złożonych dokumentów i oświadczeń, wypełniając kryteria związane z poprawnością ich przedłożenia oraz wypełnienia, co przemawia za uznaniem twierdzeń i tez Odwołującego za pozbawione usprawiedliwionych podstaw.

Nadto podał, iż prezentowana przez Odwołującego argumentacja co do sposobu interpretacji przepisów i wywodzonych z ich treści rzekomych naruszeń postępowania jest niezmiernie jednostronna i użyta została jedynie na potrzeby wywiedzonego odwołania.

Zamawiający wskazał, iż w zakresie innych części administrowanych przez Zamawiającego obiektów co do których w ramach prowadzonych postępowań oferty Odwołującego uznane zostały za najkorzystniejsze, analogiczny sposób procedowania (bazowanie na oświadczeniach Oferentów), identyczne zapisy SWZ i OPZ jak i wykonywane czynności nie były kwestionowane, zaś decyzje zamawiającego spotkały się z aprobatą.

Co ważne i być może jest to argument rozstrzygający w sprawie, Zamawiający określił w odpowiedzi na pytania wykonawców, iż w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek dotyczący zdolności technicznej, zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej może być spełniony, jeżeli co najmniej jeden z członków konsorcjum spełnia ten warunek. W odniesieniu do powyższego należy uznać, że argumentacja podniesiona przez Odwołującego oparta jest na błędnych ustaleniach faktycznych oraz niewykazanych twierdzeniach. Odwołujący bowiem tezę o niewykazaniu warunków udziału w postępowaniu opiera na niewykazanych twierdzeniach stojących w sprzeczności z zapisami nie kwestionowanych przez niego SWZ i OPZ. Jednocześnie założenia przyjęte przez Odwołującego są odmienne od tych, które przedstawiono w odpowiedzi na pytania w wyjaśnieniach, a których prawidłowości Odwołujący skutecznie nie zakwestionował.

Zamawiający wskazał, iż wyjaśnienia na wezwanie Zamawiającego z dnia 6.10.2022 r. znak 8904/22 oraz 18.10.2022r. 9253/22 formułowane w oparciu o dyspozycję art. 126 i art. 128 PZP co do podmiotowych środków dowodowych wskazanych w punkcie 9 SWZ były rzeczowe nie budzące wątpliwości co ich treści a ocenione i wykazywały spełnienie przesłanek określonych przez Zamawiającego do uznania oferty Konsorcjum Impel Sz. za najkorzystniejszą. Wraz z wyjaśnieniami przedstawiono Zamawiającemu dodatkowe dokumenty i na tej podstawie można jednoznacznie stwierdzić, że cena przedstawiona przez przystępującego zawiera w swoim zakresie wszystkie niezbędne i wymagane elementy. Tym samym nieuprawnionym jest twierdzenie Odwołującego, że oferta złożona przez Konsorcjum jest nierzetelna a jako taka winna podlegać odrzuceniu, ponieważ mija się to twierdzenie ze zgromadzonym w sprawie materiałem dowodowym.

Powyższe rozważania, jak i fakt, iż Odwołujący nie wskazał jakie konkretnie wymagania/działania mogą być uznane za sprzeczne z PZP stanowi być może argument rozstrzygający dla uznania, że decyzja Zamawiającego była prawidłowa.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestników, 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. Zgodnie z tym przepisem, środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Izba nie zgodziła się ze stanowiskiem Konsorcjum Impel, który podnosił, że Odwołujący, którego oferta została sklasyfikowana na miejscu trzecim w rankingu ofert nie posiada interesu w uzyskaniu zamówienia, ponieważ wniesione odwołanie nie poprawi sytuacji Odwołującego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby wykonawca, którego oferta sklasyfikowana została na dalszej pozycji w rankingu ofert, jest uprawniony do wniesienia odwołania na wybór oferty najkorzystniejszej bez kwestionowania wszystkich ofert sklasyfikowanych na wyższych pozycjach, ponieważ oferty te nie zostały ostatecznie zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia z uwagi na zastosowanie tzw. procedury odwróconej. Zdaniem Izby, w przypadku uwzględnienia odwołania przy ponownym badaniu ofert, Odwołujący miałby realną szansę podnoszenia zarzutów wobec wyłonionego przez Zamawiającego wykonawcy. Następnie w wyniku ich potwierdzenia, czyli w przypadku kolejnego badania i oceny ofert przez Zamawiającego, miałby możliwość podnoszenia zarzutów wobec kolejnego wykonawcy lub uzyskania zamówienia, gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą. Orzecznictwo Izby w przeważającej większości potwierdza, iż w przypadku tzw. procedury odwróconej, interes we wniesieniu odwołania wobec wyboru najkorzystniejszej oferty posiada każdy z wykonawców sklasyfikowanych w rankingu ofert (por. wyrok KIO z dnia 5 stycznia 2018 r. sygn. akt: KIO 2652/17, wyrok KIO z dnia 10 grudnia 2018 r. sygn. akt: KIO 2446/18).

Zamawiający w dniu 2 listopada 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Park – M Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Starym Sączu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 3 listopada 2022 r. po stronie Odwołującego oraz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu oraz A. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. Sz.

Firma Salus w Kobierzycach [dalej „Konsorcjum Impel” lub „Przystępujący”] zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 4 listopada 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 Konsorcjum Impel wraz z uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oferty.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone pisemnie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 14 listopada 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie, tj.:

1. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 4 października 2022 r.;
2. formularz ofertowy S&A Service Sp. z o.o. z dnia 12 września 2022 r, wykaz osób S&A Service Sp. z o.o., wykaz usług S&A Service Sp. z o.o.;
3. pisma Zamawiającego z dnia 3 i 4 lutego 2022 r.;
4. pismo S&A Service Sp. z o.o. z dnia 24 marca 2021 r.;
5. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25 października 2022 r.;
6. formularz ofertowy S&A Service Sp. z o.o. i Beta Partner Sp. z o.o. z dnia 7 września 2022 r, wykaz osób S&A Service Sp. z o.o. i Beta Partner Sp. z o.o., wykaz usług S&A Service Sp. z o.o. i Beta Partner Sp. z o.o.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem 8.1.4 lit. a) SWZ zdolności techniczne lub zawodowe Zamawiający wymagał wykazania się wykonaniem lub wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usług odpowiadających swoim zakresem przedmiotowi zamówienia niniejszego postępowania, dla zadania nr 4:

- jednej usługi sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 60 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda;
- jednej usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 250 000 m² miesięcznie na podstawie maksymalnie dwóch umów trwających co najmniej 12 miesięcy każda. W przypadku usług wykonywanych Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli usługa jest wykonywana przez co najmniej 9 miesięcy.

Jednocześnie zgodnie z punktem 8.1.4 lit. b) SWZ, Zamawiający wymagał dysponowania 2 pracownikami – ogrodnikami, tj. osobami posiadającymi wykształcenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze i doświadczenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze minimum 2-letnie.

Zgodnie z punktem 9.1 lit. h) oraz i) SWZ, Zamawiający żądał od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona podmiotowych środków dowodowych, w tym:

h) wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wraz z podaniem określonych informacji w zakresie zadania nr 4 (...);

i) wykazu osób, zgodnie z wzorem zawartym w załączniku nr 10, z podaniem danych osobowych 2 pracowników - ogrodników posiadającymi wykształcenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze i doświadczenie zawodowe ogrodnicze lub rolnicze minimum 2 letnie oraz wskazaniem podstawy dysponowania pracownikami.

Zgodnie z punktem 20.2 SWZ, w przypadku wyboru oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, Zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego kopii umowy regulującej współpracę tych Wykonawców.

W wyjaśnieniach treści SWZ z dnia 7 września 2022 r. pyt nr 9 w odpowiedzi na pytanie wykonawcy o treści *„w związku z brakiem w treści ogłoszenia o zamówieniu/SIWZ postanowień odnoszących się do sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, wnioskujemy o potwierdzenie, iż w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej może być spełniony łącznie przez Wykonawców występujących wspólnie”* Zamawiający wyjaśnił, że *„w przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, warunek dotyczący zdolności technicznej, zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej może być spełniony, jeżeli co najmniej jeden z członków konsorcjum spełnia ten warunek.”*

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło trzech wykonawców.

Konsorcjum Impel w punkcie 11 formularza oferty oświadczyło, że *„Nie powołuję się na zasoby podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ust. 1 ustawy Pzp, a więc osobiście spełniam warunki określone w punkcie 8 SWZ.”*

Jednocześnie w punkcie 12 formularza oferty Konsorcjum Impel oświadczyło, że zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia:

a) wykonanie części dotyczącej sprzątania terenów zewnętrznych oraz utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych firmie „RUBIS” K. S.-Sz., A. Sz. s.c. z siedzibą w Śłęza, ul. Akacyjowa 4N lok. 1/18, 55-040 Kobierzyce. Wartość brutto części zamówienia powierzona podwykonawcy stanowi 8% wartości całego zamówienia.

W załączniku nr 6 do SWZ – oświadczenie wykonawców składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp Konsorcjum Impel oświadczyło, że:

1. Wykonawca (wspólnik Konsorcjum/~~spółki cywilnej~~):

A. Sz. Firma Salus Śłęza, ul Akacyjowa 4N lok. 1/18, 55-040 Kobierzyce

zrealizuje następujące ~~roboty budowlane~~, usługi lub ~~dostawy~~*: odpowiadające warunkowi udziału (rozdział 8 ust.8.1.4) SWZ tj.

- dla zadania 4 – SOI Kłodzko - usługi sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 60 000 m2 miesięcznie, oraz usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 250 000 m2 miesięcznie

2. Wykonawca (wspólnik Konsorcjum/~~spółki cywilnej~~):

Impel Facility Services Sp. z o.o. 50-304 Wrocław, ul. A. Słonimskiego 1 ,

zrealizuje następujące ~~roboty budowlane~~, usługi lub ~~dostawy~~*: w ramach realizacji zamówienia: usługi w pozostałym zakresie tj. zadania koordynacji usługi, nadzoru nad jej realizacją, rozliczania wykonywanej usługi, kontaktów z Zamawiającym, innych czynności administracyjnych oraz wsparcia w zakresie utrzymania czystości.

Konsorcjum Impel nie złożyło wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Pismem z dnia 6 października 2022 r. Zamawiając wezwał Konsorcjum Impel w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Konsorcjum Impel w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyło m.in.:

1. załącznik nr 10 do SWZ – Wykaz osób, w którym oświadczyło, że na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i w okresie realizacji przedmiotu umowy dysponuje nw. osobami - pracownikami ogrodnikami posiadającymi wykształcenie zawodowe rolnicze/ogrodnicze i doświadczenie zawodowe minimum 2-letnie rolnicze/ogrodnicze.

Konsorcjum Impel wskazało w ww. wykazie właściciela jednego z konsorcjantów, tj. p. A. Sz. (podstawa dysponowania – właściciel – kierowanie pracami) oraz p. K. S.-Sz. (podstawa dysponowania – podwykonawstwo). Jednocześnie w kolumnie pn. „Doświadczenie zawodowe/rodzaj dokumentu na potwierdzenie doświadczenia) – Konsorcjum Impel dla ww. osób nie podało informacji dotyczącej „rodzaju dokumentu na potwierdzenie doświadczenia”.

2. załącznik nr 9 do SWZ – Wykaz usług, w którym podało trzy usługi dotyczące sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 60 000 m2 miesięcznie oraz

usług utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 250 000 m² miesięcznie zrealizowane na rzecz 22 Bazy Lotnictwa Taktycznego w Malborku, Jednostki Wojskowej w Pruszczu Gdańskim oraz 11 WOG w Bydgoszczy. Ponadto Konsorcjum Impel złożyło referencje potwierdzające należyte wykonanie usług.

W dniu 19 października 2022 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Konsorcjum Impel. Na trzecim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta Odwołującego.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu Izba wskazuje, że nie można zgodzić się z Zamawiającym, jakoby zarzuty podniesione w odwołaniu w istocie sprowadzały się do kwestionowania zapisów SWZ i OPZ, a w konsekwencji, że odwołanie jest spóźnione. W ocenie Izby lektura odwołania prowadzi do wniosku, że Odwołujący kwestionuje czynność Zamawiającego dotyczącą wyboru oferty Konsorcjum Impel w zadaniu nr 4, bowiem - zdaniem Wykonawcy - Zamawiający nieprawidłowo zbadał ofertę Konsorcjum Impel, w tym jego sytuację podmiotową. Z wniesionego odwołania wynika w szczególności, że Odwołujący kwestionuje treść złożonego przez Konsorcjum Impel oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz wykazu osób, zatem nie może być mowy o tym, że odwołanie jest spóźnione.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 16, art. 17 ust. 2 w zw. z art. 117 ust. 3 w zw. z art. 116 ustawy Pzp oraz art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp dotyczący złożenia przez Konsorcjum Impel oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, które nie potwierdza, że ten z członków konsorcjum posiadający wymagane przez Zamawiającego doświadczenie (lider - Impel Facility Services Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu) zrealizuje zakres świadczenia, do wykonania którego określone zdolności są wymagane.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny. Stosownie do art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Stosownie do art. 117 ust. 3 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jednocześnie zgodnie z ust. 4 ww. przepisu, w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy.

Izba wskazuje, że okolicznością bezsporną między Stronami postępowania odwoławczego było, że lider konsorcjum Przystępującego – Impel Facility Services Sp. z o.o. legitymuje się odpowiednim doświadczeniem wymaganym na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.1.4 lit. a) zadanie nr 4 SWZ, co potwierdza złożony wykaz usług oraz referencje. Sporna była natomiast treść oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w kontekście złożonego przez Przystępującego wykazu usług, bowiem z oświadczenia wynika, że to członek konsorcjum – A. Sz. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą A. Sz. Firma Salus w Kobierzycach zrealizuje usługi odpowiadające warunkowi udziału w postępowaniu, o których mowa w ww. punkcie stanowiące usługi sprzątania terenów zewnętrznych utwardzonych o powierzchni minimum 60 000 m² miesięcznie oraz usługi utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 250 000 m² miesięcznie, a nie lider posiadający wymagane doświadczenie.

W świetle powyższych ustaleń faktycznych stwierdzić należy, iż niewątpliwie Konsorcjum Impel nie wykazało warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazanego w punkcie 8.1.4 lit. a) zadanie nr 4 SWZ, gdyż polegało na zdolnościach wykonawcy, który nie wykona usług, do realizacji których ww. zdolności są wymagane. Jak wynika bowiem z oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp Impel Facility Services Sp. z o.o. wykona zadania dotyczące koordynacji usługi, nadzoru nad jej realizacją, rozliczania wykonywanej usługi, kontaktów z Zamawiającym, innych czynności administracyjnych oraz wsparcia w zakresie utrzymania czystości. Powyższa okoliczność nie obligowała jednak Zamawiającego do odrzucenia oferty Konsorcjum Impel na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 lub 5 ustawy Pzp – jak twierdził Odwołujący, lecz do zastosowania procedury przewidzianej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zgodnie z tym ostatnim przepisem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Powyższy przepis nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia m.in. oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych oraz innych oświadczeń lub dokumentów składanych

w postępowaniu w sytuacji gdy, wykonawca nie złożył wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, lub gdy są one niekompletne bądź zawierają błędy, z zastrzeżeniem dwóch przypadków przewidzianych przepisem. Wskazać należy, iż z dokumentem/oświadczeniem zawierającym błędy będziemy mieć do czynienia, w sytuacji gdy ich treść nie będzie potwierdzała spełnienia określonych przez zamawiającego w SWZ wymagań. Tym samym wówczas gdy złożone przez wykonawcę dokumenty np. wykaz usług itp. nie będą potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu, to po stronie zamawiającego co do zasady będzie aktualizował się obowiązek wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia.

Izba dostrzega, że ustawodawca nie określił w przepisach ustawy Pzp oraz aktach wykonawczych do ustawy statusu prawnego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Mając jednak na uwadze jego cel sprowadzający się do umożliwienia weryfikacji planowanego podziału zadań pomiędzy członkami konsorcjum, który winien zapewnić realne wykorzystanie dekladowanych przez wykonawców zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, to przyjąć należy, iż ww. oświadczenie jest podmiotowym środkiem dowodowym (por. wyrok KIO z dnia 18 stycznia 2022 r. sygn. akt: KIO 3795/21). Zgodnie bowiem z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp, podmiotowe środki dowodowe to środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Niewątpliwie oświadczenie uregulowane art. 117 ust. 4 ustawy Pzp służy potwierdzeniu spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, wobec czego podlega ono uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (por. wyrok KIO z dnia 28 czerwca 2021 r. sygn. akt: KIO 1586/21, KIO 1587/21).

Mając na uwadze powyższe Izba doszła do przekonania, iż kwestionowana odwołaniem czynność Zamawiającego polegająca na wyborze oferty Konsorcjum Impel w zadaniu nr 4 była nieprawidłowa i nakazała Zamawiającemu jej unieważnienie, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Konsorcjum Impel na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie 8.1.4) lit. a zadanie nr 4 SWZ. Uzupełniając wskazać należy, że w zależności od przyjętego przez Konsorcjum Impel sposobu realizacji niniejszego zamówienia oraz wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, obowiązkiem Wykonawcy będzie uzupełnienie stosownych oświadczeń lub dokumentów wymaganych w postępowaniu z uwzględnieniem wyjaśnień treści SWZ, w tym udzielonych w dniu 7 września 2022 r. na pytanie nr 9. Jedynie dla przykładu Izba wskazuje, że jeśli intencją Konsorcjum Impel będzie wykazanie warunku udziału w postępowaniu przez powołanie się na doświadczenie lidera konsorcjum, to lider konsorcjum powinien zostać wskazany w treści oświadczenia, o którym mowa w art. 117

ust. 4 ustawy Pzp jako podmiot, który wykona usługi. Jeśli natomiast intencją Konsorcjum Impel będzie, aby to członek konsorcjum wykonał zamówienie, wówczas należy w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego uzupełnić poprawiony wykazu usług i w konsekwencji inne dokumenty. Jednocześnie wskazać należy, iż treść złożonych oświadczeń lub dokumentów na potwierdzenie warunku powinna być spójna z umową konsorcjalną, której Zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Za zasadny Izba uznała także zarzut naruszenia art. 128 ust. 1, 4 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 2 w zw. z art. 118 w zw. z art. 123 w zw. z art. 116 ustawy Pzp dotyczący zaniechania wezwania Konsorcjum Impel do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w punkcie 8.1.4 lit. b) SWZ, podczas gdy Konsorcjum Impel nie potwierdziło samodzielnego spełnienia warunku oraz nie wskazało rodzaju dokumentu na potwierdzenie doświadczenia personelu.

Okolicznością bezsporną między Stronami było, że Konsorcjum Impel w formularzu ofertowym oświadczyło, że nie powołuje się na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie w punkcie 12. Formularza ofertowego Konsorcjum Impel oświadczyło, że zgodnie z art. 462 ust. 2 ustawy Pzp zamierza powierzyć podwykonawcom wykonanie następujących części zamówienia: wykonanie części dotyczącej sprzątnięcia terenów zewnętrznych oraz utrzymania i pielęgnacji terenów zielonych firmie „RUBIS” K. S.-Sz., A. Sz. s.c. z siedzibą w Ślęza, ul. Akacyjowa 4N lok. 1/18, 55-040 Kobierzyce. Konsorcjum Impel w złożonym wykazie osób wskazało p. K. S.-Sz. podając jako podstawę dysponowania zasobami „*podwykonawstwo*”. Jednocześnie Przystępujący w wykazie osób nie podał dla obu osób w nim wskazanych „*rodzaju dokumentu na potwierdzenie doświadczenia*”, co było wymagane przez Zamawiającego.

W ocenie Izby treść oferty Konsorcjum Impel oraz złożonego wykazu osób wskazuje, iż Wykonawca na obecnym etapie postępowania winien zostać wezwany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do wykazania, że samodzielnie spełnia omawiany warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z oświadczeniem złożonym w punkcie 11 oferty. Przypomnieć należy, że stosownie do treści 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. Stwierdzić należy, iż podana przez Konsorcjum Impel podstawa dysponowania potencjałem

osobowym dotyczącym p. K. S.-Sz. oraz oświadczenie zawarte w punkcie 12. Formularza ofertowego wskazują na dysponowanie pośrednie zasobami. Za wyrokiem KIO z dnia 27 lutego 2019 r. sygn. akt: KIO 240/19, który zachowuje moc na gruncie obecnie obowiązujących przepisów ustawy podnieść należy, iż „z *pośrednim dysponowaniem osobami zdolnymi do wykonania zamówienia mamy do czynienia w sytuacji, gdy więź prawna łączy wykonawcę z podmiotem (osobą) dysponującą tymi właśnie osobami. Innym słowy wykonawca zawiera umowę z podmiotem (osobą fizyczną, prawną lub inną jednostką organizacyjną), w którego władaniu czy dyspozycji znajduje się osoba zdolna do wykonania zamówienia i ten podmiot zobowiązuje się do udostępnienia swoich zasobów zgodnie z art. 22a ust. 2 Prawa zamówień publicznych.*” Oznacza to, że z dysponowaniem pośrednim będziemy mieć do czynienia, gdy przykładowo podmiot trzeci dysponujący osobami zdolnymi do wykonania zamówienia będzie podwykonawcą wykonawcy, a osoby te będą brały udział w realizacji zamówienia, co z kolei przekłada się na obowiązek złożenia stosownego zobowiązania do udostępnienia zasobów. Od dysponowania pośredniego odróżnić należy dysponowanie bezpośrednie zasobami osobowymi, które - jak wskazano w przywołanym wyżej wyroku - „O tym, czy wykonawca dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, rozstrzyga więź prawna pomiędzy nim a tymi osobami. Jeżeli tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest stosunek prawny istniejący bezpośrednio pomiędzy wykonawcą a osobą, na której dysponowanie wykonawca się powołuje, mamy do czynienia z dysponowaniem bezpośrednim. Nie zachodzi w takim przypadku ani podwykonawstwo, ani też w ogóle stosowanie art. 22a Prawa zamówień publicznych, gdyż nie występują zasoby podmiotów trzecich. Bez znaczenia pozostaje także, jaki dokładnie stosunek prawny łączy wykonawcę z tą osobą. Może to być umowa o pracę, umowa cywilnoprawna czy samozatrudnienie.” Podobnie orzeczono w wyroku KIO z dnia 25 czerwca 2022 r. sygn. akt: KIO 760/20, w którym wskazano, że „Dysponowanie osobami na podstawie umowy zlecenia uważa się za tzw. dysponowanie bezpośrednie. Oznacza to, że nie zachodzi sytuacja, której dotyczy art. 22a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843) - tj. poleganie wykonawcy na zdolnościach technicznych (zasobach) innego podmiotu.”

Wobec powyższego złożone przez Konsorcjum Impel oświadczenia, jak również argumentacja prezentowana w toku rozprawy, doprowadziły Izbę do przekonania, że Przystępujący nie wykazał, że dysponuje potencjałem osobowym dotyczącym p. K. S.-Sz. w sposób bezpośredni, co z kolei winno implikować wszczęcie procedury określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie oświadczeń lub dokumentów wymaganych w celu wykazania warunku określonego w punkcie 8.1.4 lit. b) SWZ. Jednocześnie rację miał Odwołujący, że złożony przez Przystępującego wykaz osób nie zawierał wszystkich wymaganych przez

Zamawiającego informacji, tj. dotyczących „rodzaju dokumentu na potwierdzenie doświadczenia” w przypadku obu osób podanych w wykazie. W tym miejscu Izba wskazuje, że nie zasługiwała na aprobatę argumentacja Przystępującego, który podnosił, że zarzut dotyczący niekompletnego w swojej treści wykazu osób nie został podniesiony w odwołaniu. Przeczy temu treść odwołania, w którym na stronie 3 oraz 8 Odwołujący wprost wskazał na braki w złożonym przez Przystępującego wykazie osób.

Izba w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie znalazła podstaw do nakazania Zamawiającemu wezwania Konsorcjum Impel do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem jak już wskazano powyżej treść oferty Konsorcjum Impel oraz złożone podmiotowe środki dowodowe wskazywały na pośrednie dysponowanie zasobami osobowymi dotyczącymi p. K. S.-Sz. Jednocześnie argumentacja podnoszona przez Przystępującego w toku rozprawy jakoby podstawą dysponowania zasobami osobowymi dotyczącymi p. K. S.-Sz. była umowa zlecenia w istocie prowadziłyby do poprawienia wykazu osób zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na względzie powyższe podniesiony zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W końcu Izba wskazuje, iż złożone przez Zamawiającego przy odpowiedzi na odwołanie wnioski dowodowe wymienione na str. 10 powyżej były nieprzydatne do rozpoznania istoty niniejszej sprawy, bowiem dotyczyły innych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego.

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. a) 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: