

Sygn. akt: KIO/KD 11/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 28 lutego 2020 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń wniesionych pismem z 30 stycznia 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Zakład Wodociągów i Kanalizacji Śmiechowice Sp. z o.o. z siedzibą w Śmiechowicach**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 21 stycznia 2020 r. (znak: UZP/DKZP/KND/70/19) w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Dostawa fabrycznie nowego samochodu z zamontowaną śmieciarką*,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Anna Chudzik
Członkowie :	Katarzyna Brzeska
	Renata Tubisz

wyraża następującą opinię:

Zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przeprowadził kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa fabrycznie nowego samochodu z zamontowaną śmieciarką*. W wyniku kontroli Prezes Urzędu stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wezwanie wykonawcy BML Sp. z o.o. o „dokument, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy, tj. pisemnego zobowiązania firmy KOMUNAL GROUP sp. z o.o. z siedzibą w Pławcach 20, 63-000 Środa Wielkopolska do udostępnienia Wykonawcy wymaganego doświadczenia, zgodnie z informacjami ujawnionymi w wykazie wykonanych dostaw i załączonych dowodach (referencjach)” w sytuacji, w której treść oferty nie wskazuje, aby wykonawca powoływał się na zasób podmiotu trzeciego, co (po przedstawieniu przez ww. wykonawcę przedmiotowego zobowiązania) doprowadziło do niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty;
- 2) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania wykonawcy BML Sp. z o.o. do wskazania zakresu, w jakim brał udział w realizacji dostaw określonych w wykazie usług załączonym do oferty, celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez tego wykonawcę we własnym zakresie albo uzupełnienia nowego wykazu dostaw zrealizowanych przez wykonawcę;

co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego – a tym samym miało wpływ na wynik postępowania.

W wyniku kontroli ustalono następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu oraz z punktem V.2. ppkt 2 SIWZ, o udzielenie ww. zamówienia mógł ubiegać się wykonawca, który w zakresie warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej (doświadczenie) wykaże, że „wykonał co najmniej 2 dostawy nowych samochodów – śmieciarek”.

Zgodnie z SIWZ na ofertę miało składać się, m.in. oświadczenie wykonawcy o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, które stanowić miało wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Jednocześnie zgodnie z punktem VII.5 SIWZ w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1b pkt. 3 ustawy Pzp, należało na wezwanie Zamawiającego, pod rygorem wykluczenia z postępowania, złożyć wykaz dostaw w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których te dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy.

W punkcie VII.10 SIWZ zawarto następujące postanowienia w zakresie dokumentów dotyczących podmiotów udostępniających zasoby:

1) wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu miał zamieścić informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w pkt VII.1. ppkt. 2 SIWZ;

2) jeżeli wykonawca wykazując spełnienie warunków, udziału w postępowaniu polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, w celu oceny, czy wykonawca będzie dysponował tymi zasobami w stopniu niezbędnym dla należytego wykonania niniejszego zamówienia oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, wykonawca do oferty miał dołączyć dokumenty dotyczące:

- zakresu dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu, sposobu wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę przy wykonywaniu niniejszego zamówienia,
- zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego,
- czy podmiot, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą;

3) wykonawca zobowiązany był do przedstawienia na wezwanie Zamawiającego dokumentów, o których mowa w pkt VII.2. ppkt. 1-3 SIWZ w odniesieniu do podmiotów na zdolnościach lub sytuacji których polegał na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp.

W dniu 24 lipca 2018 r. wykonawca BML Sp. z o.o. złożył zapytanie do treści SIWZ, w którym prosił o odpowiedź czy Zamawiający dopuszcza brak wykazu dostaw opisanego w pkt V.2. ppkt 2 SIWZ uzasadniając to faktem, iż dostarczał nowe pojazdy wyłącznie na podstawie umowy konsorcjum wraz z leasingodawcami, co powoduje że był jedynie wykonawcą i nie jest w stanie przedstawić żądanego wykazu. Zamawiający w dniu 25 lipca 2018 r. w odpowiedzi na powyższe wskazał: „Zamawiający dopuszcza umowę konsorcjum w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej do wykonania co najmniej dostawy 2 nowych samochodów śmieciarek.”

Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 27 lipca 2018 r., oferty złożyli dwaj wykonawcy: BML Sp. z o.o. z ceną 676 500,00 zł i EKO-CARS K. M. z ceną 707 250,00 zł.

Wykonawca BML Sp. z o.o. zamieścił w ofercie oświadczenia złożone zgodnie z pkt. VII.1. ppkt. 2 SIWZ, tj. załączniki nr 2 i 3 do SIWZ, stanowiące wstępne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, z których wynika, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu, nie polega na zasobach innych podmiotów oraz nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 i art. 24 ust. 5 ustawy Pzp. Jednocześnie do oferty dołączony został załącznik nr 6 do SIWZ, tj. wykaz dostaw, który był niewypełniony, a jedynie podpisany przez Prezesa Zarządu BML Sp. z o.o. upoważnionego do reprezentowania spółki.

W dniu 2 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał ww. wykonawcę na podstawie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp do „przedłożenia oświadczeń i dokumentów (aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów), potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, dotyczących wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (wymienionych w SIWZ w pkt.VII.2.5) oraz braku podstaw wykluczenia z postępowania (wymienionych w SIWZ pkt.VII.2.1-3)” w terminie do dnia 9 sierpnia 2018 r.

Dnia 8 sierpnia 2018 r. wpłynął do Zamawiającego m.in. wykaz wykonanych dostaw sporządzony według wzoru stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ. Wykonawca oświadczył w wykazie, że „w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia niniejszego postępowania Wykonawca wykonał następujące dostawy samochodów śmieciarek”:

Lp.	Nazwa	Wartość	Data realizacji	Zamawiający	Nazwa
-----	-------	---------	-----------------	-------------	-------

	zadania	zadania		nazwa i adres	Wykonawcy
1	Śmieciarka 7 m3 na podwoziu USZYZ za zabudową Partner Mini	492 000 zł	Styczeń 2018	Kudowski Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Kudowie Zdroju	
2	Śmieciarka NTM na podwoziu FUSO CENTER	369 240 zł	Lipiec 2017	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „SANIKOM” sp. z o.o. Lubawka	

Do wykazu wykonawca dołączył referencje wystawione przez ww. Zamawiających dla firmy Komunal Group Sp. z o.o. Na obu referencjach znajduje się odręczna adnotacja: „Zamówienie zrealizowane w ścisłej współpracy z firmą BML Sp. z o.o. z Wałcza” wraz z pieczęcią spółki Komunal Group i podpisem prezesa zarządu tej spółki.

W dniu 9 sierpnia 2018 r. Zamawiający wezwał wykonawcę BML Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do „złożenia w terminie do dnia 15.08.2018 r. dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w niniejszym postępowaniu, określonego w pkt.VII.5 SIWZ a mianowicie dokumentu, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy, tj. pisemnego zobowiązania firmy KOMUNAL GROUP Sp. z o.o. (...) do udostępnienia wykonawcy wymaganego doświadczenia, zgodnie z informacjami ujawnionymi w wykazie wykonanych dostaw i załączonych dowodach (referencjach).”

W dniu 10 sierpnia 2018 r. wpłynęło do Zamawiającego uzupełnione zobowiązanie Komunal Group Sp. z o.o. datowane na dzień 1 sierpnia 2018 r. o treści: „Firma Komunal Group Sp. z o.o. reprezentowana przez prezesa zarządu P.K. zobowiązuje się do udostępnienia firmie BML sp. z o.o. wymaganego doświadczenia, oraz zasobów technicznych w toku postępowania przetargowego nr ZP.271.4.2018.”

Jak wynika z dokumentacji postępowania, w tym z protokołu postępowania, Zamawiający nie stosował art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

W dniu 13 sierpnia 2018 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę BML Sp. z o.o. W dniu 23 sierpnia 2018 r. została zawarta w ww. wykonawcą umowa na dostawę samochodu nr 2/ZWiK/2018.

Prezes Urzędu powołał się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnoszące się do udziału podmiotu trzeciego i możliwości uzupełnienia dokumentacji na etapie udzielonych wyjaśnień w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazał,

że Krajowa Izba Odwoławcza wystąpiła do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z pytaniem, które sprowadzało się do wykładni art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy i możliwości powołania się wykonawcy w ramach udzielonych wyjaśnień, po raz pierwszy na korzystanie z zasobów podmiotu, którego nie wskazał w ofercie. TSUE wypowiedział się negatywnie co do możliwości, aby po upływie terminu składania ofert wykonawca, w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, mógł powołać się na okoliczności i dokumenty, których jego oferta nie zawierała, jak powołanie się na podmiot trzeci i jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy jego zdolności do realizacji danego zamówienia. Między innymi w sprawie o sygn. akt KIO 2336/17, Krajowa Izba Odwoławcza oddalając odwołanie, dopuściła możliwość zmiany wcześniej wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego, wypowiadając się jednocześnie, że wyrokiem z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C 387/14 Esaprojekt, zakwestionowano możliwość powołania się na zasób podmiotu trzeciego na etapie procedury wyjaśniającej i uzupełnienia dokumentów. Treść opinii Urzędu Zamówień Publicznych pn. Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazuje na zakres uprawnień wykonawcy i zamawiającego w zakresie możliwości uzupełnienia dokumentacji prowadzonego postępowania. Z treści tej opinii wynika, że wykonawca nie ma prawa po terminie składania ofert powołać się na potencjał podmiotu trzeciego, albowiem prowadzi to do niedopuszczalnej zmiany oferty. Zatem, zgodnie z tezą pkt. 4 wskazanej opinii nie jest dopuszczalne, aby wykonawca samodzielnie wykazujący spełnienie warunków na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na etapie uzupełniania dokumentów powołał się na potencjał podmiotu trzeciego. Natomiast zgodnie z tezą z pkt. 3 art. 22a ust. 6 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich.

Prezes Urzędu podniósł, że wykonawca BML Sp. z o.o. we wstępnym oświadczeniu nie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego, o czym jednoznacznie świadczy treść oświadczenia złożonego na podstawie art. 25 a ust. 1 ustawy Pzp. Na drugiej stronie tego dokumentu (str. 23 oferty) wykonawca wskazał, w części odnoszącej się do „Informacji w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów”, „nie podlega”. W takim stanie faktycznym Zamawiający nie miał podstaw, by wystąpić do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o zobowiązanie, o którym mowa w art. 22a ust. 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji (po przedstawieniu przez ww. Wykonawcę przedmiotowego zobowiązania) doprowadziło do niedozwolonej istotnej zmiany treści oferty.

Na marginesie wskazano, że uzupełnione zobowiązanie Komunal Group Sp. z o.o. nie zostało przedłożone na wzorze stanowiącym załącznik nr 5 do SIWZ, a jego treść nie zawiera sposobu wykonania tego zobowiązania oraz wyraźnego nawiązania do uczestnictwa podmiotu udostępniającego zasoby w wykonaniu zamówienia. Komunal Group Sp. z o.o. wprost oświadcza w nim, iż „zobowiązuje się do udostępnienia firmie BML sp. z o.o. wymaganego doświadczenia, oraz zasobów technicznych w toku postępowania przetargowego nr ZP.271.4.2018.” Tymczasem zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych wykonawca musi udowodnić zamawiającemu, że zasobem, na który się powołuje będzie dysponował na potrzeby realizacji zamówienia. Nie będzie zatem wystarczające, aby wykonawca mógł wykazać zamawiającemu udział podmiotu trzeciego tylko w odniesieniu do konkretnego punktu na osi czasu. „Aktualność zobowiązania” winna być zatem rozumiana nie tyle jako aktualność w konkretnym punkcie na osi czasu (np. dzień składania ofert), ale jako trwający przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stan ciągły, którego punktem początkowym może być, np. termin składania ofert, z uwzględnieniem zasady wynikającej z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp (dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego na potrzeby realizacji zamówienia).

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania, ponieważ zamówienie zostało udzielone wykonawcy, który nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Dalej Prezes Urzędu podniósł, że dokumentacja przedłożona przez wykonawcę BML Sp. z o.o. na wezwanie z 2 sierpnia 2018 r. w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, nie wyklucza (w zestawieniu z oświadczeniem wstępnym), że intencją ww. wykonawcy było wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie własnym. Jednakże Zamawiający na podstawie złożonej oferty, w tym w szczególności przedłożonego wykazu wykonanych dostaw oraz dołączonych do niego referencji, nie mógł mieć wiedzy, czy i w jakim zakresie wykazane dostawy zrealizował wykonawca BML Sp. z o.o., a więc czy wykonawca ten faktycznie posiada wymagane doświadczenie. Obydwie referencje wystawione są bowiem wyłącznie dla firmy Komunal Group Sp. z o.o., podmiotu, który nie ubiegał się wspólnie z BML Sp. o.o. o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ramach konsorcjum. Z kolei treść samych adnotacji Prezesa Zarządu Komunal Group Sp. z o.o. zamieszczonej na obydwu referencjach, że: „zamówienie zrealizowane w ścisłej współpracy z firmą BML sp. z o.o. z Wałcza”, nie pozwala przyjąć, że wymienione w wykazie dostawy zostały wykonane przez BML Sp. o.o. Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że Zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy BML Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do wskazania zakresu uczestnictwa w dostawach określonych

w przedstawionym wykazie, celem zbadania czy postawiony warunek udziału w postępowaniu został przez tego wykonawcę spełniony albo o uzupełnienie oferty o wykaz dostaw, zrealizowanych przez wykonawcę BML Sp. z o.o. Zaniechanie tych czynności stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy zamówienia publicznego – a tym samym miały wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający wniósł zastrzeżenie do informacji o wyniku kontroli, podnosząc następującą argumentację:

Ad 1

Przy zastosowaniu „procedury odwróconej” zgodnie z treścią art. 24aa ustawy Pzp w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, Zamawiający najpierw dokonał oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym w odniesieniu do Wykonawcy (BML sp. z o.o.), którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), dokonał oceny podmiotowej Wykonawcy, tj. zbadał oświadczenie wstępne (złożone wraz z ofertą, a następnie zażądał przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust.2 ustawy PZP (pismo z dnia 02.08.2018r.). W oświadczeniu z art. 25a ust. 1 Pzp Wykonawca w miejscu „Informacja w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów” nie wykazał żadnego podmiotu. Ze złożonych dokumentów wynikało, że w celu spełnienia warunku opisanego w SIWZ w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykonania co najmniej 2-óch dostaw nowych samochodów-śmieciarek posłużył się dostawami firmy Komunal Group Sp. z o.o. i przedłożył ich 2 referencje z adnotacją „zamówienie zrealizowane w ścisłej współpracy z firmą BML sp. z o.o. z Walcz”, opatrzoną pieczęcią firmy i podpisem Prezesa Zarządu. Złożone przez BML sp. z o.o. oświadczenie z art. 25a ust. 1 Pzp, budziło wątpliwości komisji przetargowej. Wobec powyższego, Zamawiający wezwał tego Wykonawcę w trybie przewidzianym w art. 26 ust.3 Pzp (pismo z dnia 09.08.2018r. w załączeniu) do złożenia dokumentu, o którym mowa w art. 22a ust.2 Pzp, tj. „pisemnego zobowiązania firmy Komunal Group sp. z o.o. do udostępnienia Wykonawcy wymaganego doświadczenia, zgodnie z informacjami ujawnionymi w wykazie wykonanych dostaw i załączonych dowodach (referencjach)”. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca złożył „zobowiązanie” firmy Komunal Group sp. z o.o. do udostępnienia mu wymaganego doświadczenia oraz zasobów technicznych w toku postępowania.

Ad 2

P. B.B. – Prezes jednoosobowego Zarządu firmy BML sp. z o.o. był jednym ze współników firmy Komunal Group sp. z o.o. (...), która składała u nas ofertę w poprzednich (unieważnionych) przetargach dot. tego samego przedmiotu zamówienia. Zamawiający uznał, że załączone „referencje” dot. wykazanych dostaw są wystarczające na potwierdzenie spełnienia przez Jego firmę warunku postawionego w SIWZ. Chcę również poinformować, że przed zawarciem umowy z BML sp. z o.o. pracownicy Zamawiającego dokonali na miejscu u Wykonawcy oględzin samochodu śmieciarki, sprawdzili dokumenty pojazdu i sporządzili dokumentację (numery, zdjęcia) charakterystyczne dla oferowanego nam sprzętu. Wykonawca był wiarygodny i dlatego udzieliliśmy temu Wykonawcy zamówienia publicznego. Jednocześnie chcę zaznaczyć, że w czasie, kiedy staraliśmy się o zakup śmieciarki przeprowadzaliśmy bardzo dokładne rozeznanie, zarówno na rynku lokalnym, krajowym i zagranicznym. Wówczas bardzo trudno było „zdobyć” śmieciarkę w związku ze zmianami w „ustawie śmieciowej” i ogromnym zapotrzebowaniem na ten sprzęt. Kolejno przeprowadzane przez nas postępowania (6 postępowań) okazały się bezskuteczne. Nowo nałożony na nasz Zakład, obowiązek odbierania odpadów komunalnych z całego obszaru gminy Lubsza i transportu do oczyszczalni w Gać, wymagał zakupu niezbędnego, sprawnego sprzętu. Wybrany Wykonawca spełnił nasze oczekiwania.

Prezes Urzędu nie uwzględnił wniesionych zastrzeżeń i podtrzymał argumentację przedstawioną w informacji o wyniku kontroli. Wskazał, że zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający jest uprawniony do zgłoszenia umotywowanych zastrzeżeń do wyniku kontroli, natomiast uprawnienie to nie materializuje się przez podanie jakichkolwiek informacji, lecz przez umotywowane czyli uzasadnione stanowisko Zamawiającego bezpośrednio powiązane z wykazanymi naruszeniami. Tymczasem w zakresie naruszenia opisanego w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli Zamawiający nie kwestionuje ustaleń stanu faktycznego oraz prawnego. Przedstawione zastrzeżenia prezentują wyłącznie okoliczności sprawy, których opis nie odbiega od ustaleń faktycznych dokonanych w toku prowadzonej kontroli doraźnej. Ponadto Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek informacji wskazujących na czym miała polegać wątpliwość komisji przetargowej, w odniesieniu do oświadczenia wstępnego wykonawcy ani argumentacji prawnej uzasadniającej zastosowanie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wobec tego należy uznać, że stanowisko Zamawiającego pozbawione jest merytorycznego uzasadnienia, do którego Prezes Urzędu mógłby się konstruktywnie odnieść.

W odniesieniu do naruszenia z punktu 2 Prezes Urzędu powołał się na przepisy art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp i stwierdził, że z zebranego w toku kontroli materiału, jak również z wniesionych zastrzeżeń nie wynika, aby referencje wystawione dla firmy Komunal Group Sp. z o.o. (czyli podmiotu, który nie ubiegał się wspólnie z BML sp. o.o. o udzielenie przedmiotowego zamówienia w ramach konsorcjum), potwierdzały, że faktycznie wykonawca posiadał wymagane doświadczenie i spełniał warunek udziału w postępowaniu w zakresie własnym. Samo powiązanie osobowe pomiędzy tymi dwoma spółkami nie przesądza jeszcze, że wykonawca BML Sp. z o.o. zrealizował przedmiotowe dostawy. Ponadto całość argumentacji Zamawiającego w tym zakresie wydaje się być sprzeczna z podjętymi przez niego działaniami w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia (wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o zobowiązanie, o którym mowa w art. 22a ust. 2).

Prezes Urzędu podniósł również, że pozostałe okoliczności przedstawione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach także nie zasługują na uwzględnienie, albowiem od Zamawiającego, jako gospodarza postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy oczekiwać wnikliwego, a zarazem rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. To na Zamawiającym spoczywa obowiązek zapewnienia poszanowania zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający powinien ustalone przez siebie w SIWZ, jakie mają spełniać wykonawcy, egzekwować w sposób, jaki został przewidziany.

Krajowa Izba Odwoławcza po zapoznaniu się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego oraz biorąc pod uwagę materiał zgromadzony w sprawie, zważyła, co następuje:

Zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

Izba w całości podziela stanowisko i argumentację Prezesa Urzędu i przyjmuje je za własne.

Odnosząc się do wniesionych zastrzeżeń należy zgodzić się ze stanowiskiem Prezesa Urzędu, że nie stanowią one polemiki z przedstawioną w Informacji o wyniku kontroli oceną kwestionowanych czynności Zamawiającego. Jak słusznie zauważył Prezes Urzędu w odpowiedzi na zastrzeżenia, zgodnie z art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, od wyniku kontroli doraźnej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli.

Przez umotywowane zastrzeżenia należy rozumieć stanowisko kwestionujące dokonane w wyniku kontroli ustalenia stanu faktycznego lub jego ocenę prawną i jednocześnie wskazujące, z jakiego powodu zamawiający nie zgadza się z ustaleniami lub ocenami kontroli i zawierające polemikę z tezami przedstawionymi w Informacji o wyniku kontroli, w tym argumentację prawną.

W ocenie Izby wniesione przez Zamawiającego zastrzeżenia nie spełniają powyższych przesłanek. W szczególności dotyczy to zastrzeżeń odnoszących się do naruszenia przedstawionego w punkcie 1 Informacji o wyniku kontroli. Stanowisko Zamawiającego w tym zakresie ma charakter nie tyle umotywowanych zastrzeżeń, co dodatkowych wyjaśnień. Zamawiający nie zakwestionował poglądu, że powołanie się na zasoby innego podmiotu dopiero w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów jest niedopuszczalne. Zamawiający poinformował jedynie o przebiegu czynności i powziętych przez członków komisji przetargowej wątpliwościach. Trudno jednak stwierdzić istnienie związku między wskazanymi wątpliwościami (należy zakładać, że dotyczyły one kwestii wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu) a dokonaną przez Zamawiającego czynnością, tj. wezwaniem do uzupełnienia pisemnego zobowiązania firmy Komunal Group Sp. z o.o. do udostępnienia wykonawcy wymaganego doświadczenia. Skoro komisja przetargowa miała wątpliwości jak rozumieć przedłożone dokumenty, to zasadną czynnością byłoby wezwanie wykonawcy do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Niezależnie jednak od istnienia pewnych sprzeczności w stanowisku Zamawiającego, nie może być ono uznane za umotywowane zastrzeżenia, jako że nie podjęto w nim polemiki ani z ustaleniami faktycznymi, ani z oceną prawną dokonaną w wyniku przeprowadzonej kontroli. Już sam ten fakt sprawia, że zastrzeżenia nie zasługują na uwzględnienie.

W tej sytuacji na marginesie jedynie wskazać należy, że Izba podziela przedstawiony w Informacji o wyniku kontroli pogląd, że niedopuszczalne jest, aby po upływie terminu składania ofert wykonawca, w celu wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, powoływał się na okoliczności i dokumenty, których jego oferta nie zawierała, jak powołanie się na podmiot trzeci i jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy jego zdolności do realizacji danego zamówienia. W tej kwestii jednoznacznie wypowiedział się Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w orzeczeniu z 4 maja 2017 r. w sprawie w sprawie C-387/14 (Esaprojekt), stwierdzając, że *art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia*

zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. W niniejszej sprawie do takiej zmiany doszło, że złożonego wraz z ofertą wstępnego oświadczenia wynika bowiem, że wykonawca nie powołał się na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie zaś, w wyniku wezwania wystosowanego przez Zamawiającego, dokonał zmiany w tym zakresie, przedstawiając zobowiązanie spółki Komunal Group do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

W odniesieniu do zastrzeżeń dotyczących punktu 2 Informacji o wyniku kontroli stwierdzić należy, że w znacznej części również one mają charakter dodatkowych wyjaśnień, a nie polemiki z ustaleniami faktycznymi czy oceną prawną. Odwoływanie się do wiarygodności wykonawcy i spełniania przez niego oczekiwań Zamawiającego nie może stanowić kontrargumentu wobec wskazanego przez Prezesa Urzędu naruszenia przepisów art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania BML Sp. z o.o. do wskazania zakresu w jakim brał udział w realizacji dostaw określonych w wykazie usług załączonym do oferty albo uzupełnienia nowego wykazu dostaw zrealizowanych przez wykonawcę. To samo dotyczy powoływania się przez Zamawiającego na potrzebę zakupu śmieciarki i na bezskuteczność prowadzonych wcześniej postępowań. Nie są to okoliczności pozwalające stwierdzić, że do zarzuczanych naruszeń przepisów nie doszło.

Odnosząc się natomiast do wskazanych przez Zamawiającego powiązań osobowych między spółkami BML Sp. z o.o. i Komunal Group Sp. z o.o. oraz stwierdzenia, że *załączone „referencje” dot. wykazanych dostaw są wystarczające na potwierdzenie spełnienia przez Jego firmę warunku postawionego w SIWZ*, stwierdzić należy, że stanowisko to jest sprzeczne z działaniami podjętymi przez Zamawiającego. Skoro bowiem Zamawiający uznał referencje za wystarczające na potwierdzenie spełnienia warunku, to powstaje pytanie, dlaczego wezwał wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania spółki Komunal Group.

Podsumowując należy stwierdzić, że wskazane w Informacji o wyniku kontroli naruszenia przepisów są oparte na dokonanych ustaleniach faktycznych oraz są uzasadnione prawnie, a Zamawiający w zgłoszonych zastrzeżeniach nie wykazał zasadności stanowiska przeciwnego.

W związku z powyższym Izba wydała opinię jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....