

WYROK

z dnia 13 lipca 2020 roku Krajowa Izba Odwoławcza

- w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Poprawa**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2020 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 maja 2020 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BICO Group T. P.” ul. Św. Jacka Odrowąża 15 03-310 Warszawa oraz BICO Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. św. Jacka Odrowąża 15 03-310 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna pl. Starynkiewicza 5, 02-015 Warszawa

przy udziale wykonawcy **SAFEGE S.A.S.** 15-27 rue du Port, Parc de l'île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 1174/20 po stronie Zamawiającego

orzeka

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BICO Group T. P.” ul. Św. Jacka Odrowąża 15 03-310 Warszawa oraz BICO Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. św. Jacka Odrowąża 15 03-310 Warszawa 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 odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BICO Group T. P.” ul. Św. Jacka Odrowąża 15 03-310 Warszawa oraz BICO Group Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ul. św. Jacka Odrowąża 15 03-310 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:
Uzasadnienie

Zamawiający - Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie Spółka Akcyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Zadanie VI.1.19 - Inżynier dla zadania: Budowa systemu zarządzania siecią kanalizacji ogólnospławnej. Centralne sterowanie siecią” (numer referencyjny: 02135/WS/PW/JRP- DNP/U/2019) zwane dalej „Postępowaniem”.

Objawienie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 248-616775. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j.: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy.

W dniu 29 maja 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez Wykonawców wspólnie

ubiegający się o udzielenie zamówienia:

T. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BICO Group T. P.” w Warszawie (ul. Św. Jacka Odrowąża 15, 03-310 Warszawa) oraz BICO Group spółka z o.o. z siedzibą w Warszawie (ul. św. Jacka Odrowąża 15, 03-310 Warszawa) (zwanych dalej Odwołujący) wobec następujących czynności lub zaniechań Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy tj:

- 1)czynność wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Safege S.A.S. ;
- 2)czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania (a w konsekwencji uznania oferty Odwołującego za odrzuconą);
- 3)zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby;
- 4)zaniechanie czynności podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dotyczącego wykluczenia Odwołującego;
- 5)czynność prowadzenia postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Powyższym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący stawia poniższe zarzuty:

- 1)zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Safege jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą;
- 2)zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp poprzez dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania (a w dalszej konsekwencji uznania oferty Odwołującego za odrzuconą) z powodu przyjęcia, że ze zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nie wynika, że podmiot ten zrealizuje zamówienie, podczas gdy ze zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że zrealizuje on zamówienie, a w konsekwencji Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;
- 3)zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, podczas gdy Zamawiający miał obowiązek dokonać wezwania;
- 4)zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dotyczącego wykluczenia Odwołującego, co spowodowało, że Odwołujący nie zna konkretnych powodów dlaczego Zamawiający uznał, że (1) z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nie wynika jednoznacznie, że podmiot ten wykona zamówienie oraz dlaczego Zamawiający uznał, że (2) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie podlega procedurze poprawienia określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podczas gdy zgodnie z ustawą na Zamawiającym ciąży obowiązek wyczerpującego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu;
- 5)zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy Safage;
- 2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego (a w dalszej konsekwencji uznania oferty Odwołującego za odrzuconą);
- 3)nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, w tym również oferty Odwołującego;
- 4)z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby;
- 5)z ostrożności procesowej - nakazanie Zamawiającemu uzupełnienia uzasadnienia faktycznego dotyczącego wykluczenia Odwołującego poprzez wskazanie konkretnych powodów dlaczego Zamawiający uznał, że (1) z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nie wynika jednoznacznie, że podmiot ten wykona zamówienie oraz dlaczego Zamawiający uznał, że (2) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie podlega procedurze uzupełnienia określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp;
- 6)obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu danego zamówienia. Oferta Odwołującego została przez Zamawiającego oceniona najwyżej. Gdyby Zamawiający nie dokonał czynności zarzuczanych w niniejszym odwołaniu, to oferta Odwołującego z bardzo dużym prawdopodobieństwem zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza.

Tym samym, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę.

W uzasadnieniu, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

W treści SIWZ zamawiający postawił między innymi następujący warunek udziału w postępowaniu: O udzielenie zamówienia

mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, co najmniej 1 usługę, której przedmiotem było sprawowanie nadzoru poprzez pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub Nadzoru Inwestorskiego lub Inwestora Zastępczego nad kontraktem polegającym na budowie obiektów technologicznych obsługujących gospodarkę wodno - ściekową wyposażonych w układy zdalnego sterowania i monitoringu, Owartości tego kontraktu równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 20.000.000,00 PLN bez podatku VAT. (punkt 5.1.1.2 Instrukcji dla Wykonawców stanowiącej część I SIWZ).

Postanowienie to uległo modyfikacji pismem z dnia 22 stycznia 2020 r. stanowiącym udzielenie odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie wynikającym z art. 38 ust.

1ustawy Pzp. Zamawiający udzielając odpowiedzi zmodyfikował postanowienie dopuszczając wykonanie usługi w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

Oferę w postępowaniu złożył między innymi Odwołujący. Odwołujący wskazał, że w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać będzie na zdolnościach technicznych lub zawodowych podmiotu trzeciego - spółki Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim. Do oferty Odwołującego dołączone zostało zobowiązanie Euro Invest do udostępnienia zasobów oraz JEDZ tego podmiotu.

Ponadto Odwołujący wskazał w formularzu ofertowym, że Euro Invest zostanie zaangażowany jako podwykonawca w zakresie wykonania doradztwa, konsultacji oraz nadzoru.

Pismem z dnia 9 marca 2020 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie. Istotna dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu jest druga kwestia poruszona w wezwaniu. W tym zakresie Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień, czy Odwołujący będzie polegał na zasobach Euro Invest w zakresie doświadczenia podmiotu i osób czy tylko w zakresie osób.

Odwołujący ustosunkował się do powyższego wezwania pismem z dnia 11 marca 2020 r. Odwołujący wyjaśnił, że polegał na zasobach Euro Invest w zakresie doświadczenia podmiotu i osób.

Odwołujący wskazał również, że Euro Invest będzie podwykonawcą części zamówienia odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu, którego udostępnienie dotyczy.

W dniu 16 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący odpowiedział na wezwanie przedstawiając komplet dokumentów.

W dalszej kolejności Zamawiający wezwał Odwołującego w dniu 17 kwietnia 2020 r. (działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp) do:

- 1) zastąpienia Euro Invest innym podmiotem lub podmiotami, lub
- 2) zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 SIWZ

Zamawiający poinformował dodatkowo, że zgodnie z art. 22a ust. 4 w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Tymczasem, zdaniem Zamawiającego, ze zobowiązania Euro Invest wynika, że podmiot ten będzie realizował zamówienie w dużo węższym zakresie.

Odwołujący odpowiedział na wezwanie w dniu 23 kwietnia 2020 r. Odwołujący wskazał, że w przypadku gdy Zamawiający ma uwagi dotyczące zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, to - poza wezwaniem do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem/podmiotami lub zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia - powinien również umożliwić Odwołującemu uzupełnienie zobowiązania tego samego podmiotu trzeciego. Odwołujący przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazujące na taki obowiązek po stronie Zamawiającego.

Odwołujący dołączył nowe zobowiązanie Euro Invest, gdzie wyraźnie zostało wskazane, że Euro Invest „zobowiązuje się w szczególności umożliwić wykonawcy korzystanie z udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych, poprzez wykonanie przedmiotu zamówienia jako podwykonawca lub wspólnie z wykonawcą oraz że „udostępniający zapewni wykonawcy dostęp do udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych, poprzez zrealizowanie usług, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

W dniu 19 maja 2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania. W uzasadnieniu tej decyzji Zamawiający przytoczył dotychczasowy stan faktyczny oraz dodatkowo podał, że:

„W ocenie Zamawiającego odpowiedź Wykonawcy, w tym nowe zobowiązanie nie potwierdziły, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu z pkt 5.1.1.2. SIWZ. Zobowiązanie do udostępnienia potencjału złożone przez Zachodnie Centrum

Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że to ten podmiot wykona zamówienie co narusza art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

Nadto mając na uwadze okoliczności sprawy, według Zamawiającego, niezasadne było wzywianie Wykonawcy do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prawidłowego Zobowiązania do udostępnienia potencjału. Wykonawca powinien potwierdzić wykonanie przez podmiot udostępniający potencjał osobistego wykonania odpowiedniego zakresu zamówienia w pierwotnie złożonym oświadczeniu.

Ponadto, zgodnie z obowiązującym orzecznictwem, niedopuszczalne jest uzupełnienie na etapie badania i oceny ofert zakresu podwykonawstwa podmiotu udostępniającego potencjał, w przypadku gdy w pierwotnie złożonej ofercie istnieje różnica między udostępnionym potencjałem, a zakresem podwykonawstwa jakie podmiot trzeci musi zrealizować na podstawie art. 22a ust. 4 ustawy Pzp."

Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy 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.

Należy podkreślić, że powyższy przepis określa nie uprawnienie, lecz obowiązek Zamawiającego (tytułem przykładu: „Artykuł 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wyznacza obowiązek zamawiającego polegający na wezwaniu wykonawcy do złożenia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, m.in. w sytuacji, gdy uprzednio złożone oświadczenia lub dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania bez umożliwienia mu uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, za pomocą których wykaże on, że spełnia opisane warunki. Wykluczenie wykonawcy z postępowania z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, z pominięciem obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, tj. z pominięciem obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, powoduje, że wykluczenie staje się przedwczesne i bezzasadne. Zamawiający, pomijając bowiem procedurę przewidzianą w ww. przepisie, nie posiada wiedzy, czy wykonawca rzeczywiście nie spełnia warunków. Tym samym zamawiający nie ma podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 kwietnia 2018 r., sygn. akt KIO 508/18.)

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej jednolicie przyjmuje się, że zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby podlega procedurze uzupełnienia określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tytułem przykładu wskazuje następujące orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (podkreślam również, że tożsame orzecznictwo zostało podane Zamawiającemu w piśmie z dnia 23 kwietnia 2020 r.):

- 1) Zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ZamPublU 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. Z powyższego wynika, że w sytuacji, gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym (niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia) to podmiot udostępniający zasoby powinien w sposób wyraźny zobowiązać się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane. Taki charakter mają niewątpliwie zasoby dotyczące doświadczenia, kwalifikacji zawodowych lub wykształcenia, które w przedmiotowej sprawie zostały udostępnione wykonawcy przez podmiot trzeci.

Tym samym udostępnienie na rzecz Wykonawcy zasobów przez B. powinno przybrać postać faktycznej realizacji robót, do których udostępniane zdolności były wymagane. Z dokumentacji postępowania wynika natomiast, B. zobowiązał się do udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia jedynie przez konsultacje i doradztwo przy wykonywaniu prac. W zaistniałej sytuacji Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę w trybie art. 26 ust.3 ZamPublU do uzupełnienia zobowiązania złożonego przez podmiot trzeci o wskazanie sposobu realizacji zamówienia zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ZamPublU, lub - stosownie do art. 22a ust. 6 ZamPublU do zastąpienia ww. podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, z jednoczesnym wykazaniem zdolności dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, czego Zamawiający nie uczynił. Powyższe potwierdza, że stanowisko Kontrolującego było prawidłowe, a stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 4 ZamPublU uzasadnione. (Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 lipca 2019 r., sygnatura akt KIO/KD 47/19). 2) Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, że treść oświadczenia Odwołującego o zamiarze powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy mogła podlegać wyjaśnieniu w związku z badaniem zobowiązania podmiotu

trzeciego do udostępnienia Odwołującemu swoich zasobów w celu wykazania spełnienia warunków udziału

w postępowaniu oraz realności tego udostępnienia. W przypadku zamówienia na roboty budowlane konieczne jest bowiem wykazanie, że podmiot trzeci udostępniający swoje doświadczenie będzie realizował roboty, aby można było uznać, że posiadane przez niego doświadczenie zostało wykorzystane w sposób realny przy realizacji zamówienia.

W niniejszym postępowaniu z informacji z dnia 20 marca 2019 r. złożonej przez Odwołującego w załączeniu do oferty „w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów”, podał on że „w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego polegam na zasobach następującego podmiotu: R. R. S. (...) w następującym zakresie: Rozbiórka istniejącego budynku zaplecza szatniowo-socjalnego”. Odwołujący złożył także zobowiązanie podmiotu trzeciego oraz wykaz wykonanych przez ten podmiot robót, Zamawiający powinien był stwierdzić że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wezwać Odwołującego do wyjaśnień w powyższym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ZamPublU, a po uzyskaniu wyjaśnień wezwać Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ZamPublU do uzupełniania zobowiązania podmiotu trzeciego i oświadczenia złożonego przez Odwołującego w formularzu ofertowym w pkt 3 - o zakresie zamówienia, który zostanie przez niego powierzony do wykonania podwykonawcy, gdyż w przypadku robót budowlanych udostępnienie wiedzy i doświadczenia, aby było realne, musi nastąpić poprzez fizyczny udział tego podmiotu w realizacji tych robót.)(Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2019 r., sygnatura akt KIO 930/19).

3)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 ZamPublU, 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. Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, stwierdzić należy poprawność działań podjętych przez Zamawiającego.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby składane na potwierdzenie spełnienia

warunku udziału w postępowaniu słusznie budziło wątpliwości Zamawiającego w zakresie wykazania realności ich udostępnienia. Zawarte w zobowiązaniu oświadczenie: „będę realizował nw. roboty budowlane lub usługi, których dotyczą udostępniane zasoby, odnoszące się do warunków udziału dot. wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, na których polega Wykonawca: usługi doradcze i konsultację” nie dawały Zamawiającemu pewności co do realności udostępnionych zasobów przez podmiot trzeci, a tym samym budziło wątpliwości dotyczące wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego. W tych okolicznościach, Zamawiający poprawnie wezwał Przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ZamPublU do złożenia prawidłowo wypełnionego zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów.

Nie można zgodzić się z Odwołującym, iż Przystępujący winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ZamPublU w związku: z brakiem wykazania warunków udziału w postępowaniu, bowiem na wezwanie Zamawiającego Przystępujący złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, z treści którego wynikało realne udostępnienie zasobów, co stanowi wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w treści SIWZ (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019 r., sygnatura akt KIO 494/19).

Kwestia obowiązku Zamawiającego w zakresie wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby jest również podkreślana w publikacjach Urzędu Zamówień Publicznych. W Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych numer 3/2019 w dziale „Kontrola udzielania zamówień publicznych” omówiony został temat „Poleganie na zasobach podmiotów trzecich - błędy wykrywane w trakcie kontroli Prezesa UZP”. W publikacji wyraźnie wskazano:

„Z powyższego wynika, iż w sytuacji gdy przedmiotem udzielenia są zasoby nierozdzielnie związane z podmiotem ich udzielającym, niemożliwe do samodzielnego obrotu i dalszego udzielenia ich bez zaangażowania tego podmiotu w wykonanie zamówienia, podmiot udostępniający zasoby powinien w sposób wyraźny zobowiązać się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania robót budowlanych lub usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W świetle powyższego stwierdzić; należy, iż realizacja robót budowlanych przez podmiot udostępniający zasoby w postaci wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia nie może polegać na jakimkolwiek uczestnictwie w wykonywaniu

zamówienia, lecz musi przybrać postać faktycznej realizacji robót, do których udostępniane zdolności są wymagane.

W związku z powyższym, na gruncie obowiązujących przepisów, w zaistniałej sytuacji zamawiający zobowiązany był do wezwania wykonawcy X w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia zobowiązania złożonego przez Y o wskazanie sposobu realizacji zamówienia zgodnie z treścią art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, lub - stosownie do art. 26 ust. 6 ustawy Pzp - do zastąpienia ww. podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, z jednoczesnym wykazaniem zdolności dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, czego zamawiający nie uczynił. Powyższe stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 w zw. z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp.

W opisanym przypadku zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli, które nie zostały uwzględnione przez Krajową Izbę Odwoławczą, która w uchwale potwierdziła słuszność stanowiska Prezesa Urzędu."

Z tych powodów należy uznać, że Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania Euro Invest do udostępnienia zasobów. Zamawiający zaniechał takiego wezwania, a w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania poinformował, że niezasadne było wzywanie Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prawidłowego zobowiązania do udostępnienia potencjału - co jednak nie znajduje uzasadnienia w świetle przepisów ustawy Pzp, orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej oraz stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych.

W treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby przedstawionego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 kwietnia 2020 r. wyraźnie zostało wskazane, że Euro Invest „zobowiązuje się w szczególności umożliwić wykonawcy korzystanie z udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych, poprzez wykonanie przedmiotu zamówienia jako podwykonawca lub wspólnie z wykonawcą" oraz że „udostępniający zapewni wykonawcy dostęp do udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych, poprzez zrealizowanie usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Z tego powodu niezrozumiałe i niezgodne ze stanem faktycznym jest twierdzenie Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, że zobowiązanie do udostępnienia potencjału złożone przez Euro Invest nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że to ten podmiot wykona zamówienie.

Z zobowiązania tego wyraźnie wynika, że Euro Invest wykona zamówienie poprzez zrealizowanie usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Z daleko idącej ostrożności procesowej Odwołujący podnosi jednak dodatkowo, że przedstawienie nowego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nastąpiło samodzielnie przez Odwołującego, bez wcześniejszego wystosowania przez Zamawiającego wezwania w tym zakresie.

W związku z powyższym Zamawiający do tej pory nie wyczerpał w stosunku do tego dokumentu procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jeżeli więc zdaniem Zamawiającego również nowe zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zawiera określone braki, to Zamawiający był zobowiązany do wezwania Odwołującego o uzupełnienie zobowiązania. Potwierdzają to następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej:

1)„Ustawodawca użył - dla sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty dotknięte są wymienionymi w art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych wadami - sformułowania "wzywa", co oznacza, że zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia. Po drugie, z obowiązku wezwania przepisem, zwalnia zamawiającego jedynie sytuacja, w której oferta wykonawcy podlegałaby odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Ustawodawca nie wymienił innych, poza dwoma wyżej wymienionymi, sytuacji, w których zamawiający mógłby odstąpić od obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, w szczególności nie wymienił wśród tych sytuacji okoliczności samouzupełnienia dokumentu przez wykonawcę. Tym samym samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, jeżeli są one dotknięte wadami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Jednocześnie nie można uznać, że takie wezwanie, po wcześniejszym samouzupełnieniu dokumentu przez wykonawcę, prowadzi do - niedopuszczalnego w świetle jednolitego orzecznictwa - dwukrotnego wzywania. Wobec powyższego, jeżeli wykonawca uzupełnił dokument z własnej inicjatywy, bez uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a dokument ten jest dotknięty określonymi w tym przepisie wadami, zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu na podstawie wskazanego przepisu." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej t dnia 2 października 2019 r., sygn. akt KIO 1829/19).

2)„Samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę, jeżeli są one dotknięte wadami, nie zwalnia zamawiającego z obowiązku skierowania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986)." (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2018 r., sygn. akt KIO 781/18).

Odwołujący podkreśla również, że problematyka samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę jest złożona i nie zawsze jednolicie rozstrzygana w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Odwołujący ma świadomość, że w orzecznictwie pojawia się stanowisko zgodnie z którym uzupełnienie możliwe jest jedynie w odpowiedzi na uprzednie wezwanie zamawiającego, a dokonane z

inicjatywy wykonawcy należy potraktować za niebyłe i niepodlegające ocenie.

W takim przypadku Zamawiający nie powinien w ogóle brać pod uwagę uzupełnionego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. A w konsekwencji jego obowiązkiem było wezwanie Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia tego zobowiązania. Z tego powodu Odwołujący w petitum odwołania postawił również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz - z ostrożności - wniosek o nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Nie ma również racji Zamawiający podnosząc, że istnieje różnica między udostępnionym przez Euro Invest potencjałem, a zakresem podwykonawstwa wskazanym w formularzu. Odwołujący w treści formularza wskazał trzy elementy, które Euro Invest będzie wykonywał - to znaczy nadzór, konsultacje i doradztwo.

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie funkcji inżyniera dla zadania: Budowa systemu zarządzania siecią kanalizacji ogólnospławnej. Centralne sterowanie siecią. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia (stanowiącym część III SIWZ) na stronie 2, w punkcie 2 - Cele umowy wskazał, że celem umowy jest profesjonalne świadczenie usług polegających na zarządzaniu technicznym, administracyjnym i finansowym nad umową dotyczącą budowy systemu zarządzania siecią kanalizacji ogólnospławnej. Zamawiający określił, że zarządzanie będzie obejmowało m.in. organizację, nadzór i koordynację procesu inwestycyjnego, wykonywanie obowiązków inspektora nadzoru inwestorskiego.

Wykonywanie zamówienia sprowadza się więc do trzech, wymienionych przez Odwołującego w formularzu elementów, z których najważniejsze znaczenie ma nadzór.

Odwołujący podkreśla jednak, że nawet gdyby uznać, że Odwołujący w formularzu zbyt wąsko wskazał zakres podwykonawstwa Euro Invest, to i tak nie może to być podstawa do wyciągania wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji na tym etapie postępowania. Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, i podania przez wykonawcę firm podwykonawców. Obecnie jednolicie uznaje się, że podanie przez wykonawcę w formularzu podwykonawców (w tym również zakresu podwykonawstwa) ma charakter wyłącznie informacyjny i nie stanowi immanentnej części złożonej przez wykonawcę oferty, a w konsekwencji oświadczenie wykonawcy w tym zakresie może ulec zmianie również po terminie składania ofert.

Głównym argumentem przemawiającym za wyłącznie informacyjnym charakterem oświadczenia w zakresie podwykonawców jest treść art. 36ba ust. 1 ustawy Pzp, który jednoznacznie dopuszcza możliwość pojawienia się podwykonawcy na etapie realizacji umowy. Skoro więc ustawodawca dopuszcza możliwość pojawienia się podwykonawcy na etapie realizacji umowy, to tym bardziej dopuszczalne jest dodanie informacji o podwykonawcy (lub np. poszerzenie zakresu podwykonawstwa) jeszcze przed zawarciem umowy.

Stanowisko to jest obecnie jednolicie rozstrzygane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej tytułem przykładu wskazuje na następujące orzeczenie: „Jeżeli decyzja o powierzeniu wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wskazanie podwykonawcy mogą nastąpić przed przystąpieniem do wykonania umowy, a nawet w trakcie wykonywania umowy, to tym bardziej wykonawca nie jest zobowiązany ustawą do tego, aby wskazanie takie nastąpiło już w ofercie i miało charakter wiążący. Postępowanie o udzielenie zamówienia ma charakter służebny wobec umowy w sprawie zamówienia publicznego i zmiany w zakresie sposobu wykonania zobowiązania przez wykonawcę dopuszczalne na etapie realizacji kontraktu tym bardziej są dozwolone na etapie badania ofert w sytuacji braku odmiennych wymagań zamawiającego wynikających wprost z ustawy (arg. a maiori ad minus)” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1082/19).

Krajowa Izba Odwoławcza rozstrzygała również wiele razy spory dotyczące możliwości poszerzenia zakresu podwykonawstwa związane z posiłkowaniem się zasobami podmiotu trzeciego. Orzecznictwo w tym zakresie jest obecnie jednolite i stoi na stanowisku, że - w przypadku gdy zakres podwykonawstwa podmiotu trzeciego został określony w formularzu zbyt wąsko - to zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do poszerzenia tego zakresu. Tytułem przykładu Odwołujący wskazuje na następujące, aktualne wyroki:

1) „Nie można zgodzić się również ze stanowiskiem Odwołującego, iż wezwanie skierowane do Przystępującego w zakresie złożenia prawidłowo wypełnionego zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów oraz wyjaśnień treści złożonego formularza ofertowego Wykonawcy w zakresie wskazania jaką część zamówienia będzie realizował Podwykonawca i złożenie w jego wyniku zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby stanowiło niedozwoloną zmianę treści oferty, w zakresie wskazania zakresu realizacji, która będzie powierzona podwykonawcy.

W przywołanych okolicznościach, złożenie ponownego zobowiązania w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, należy traktować jako uzupełnienie uprzednio złożonego już oświadczenia a nie niedozwoloną zmianę treści oferty.

W konsekwencji powyższego, uznać należy iż zarzut postawiony przez Odwołującego nie został potwierdzony (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2019 r., sygn. akt KIO 494/19),

Oraz cytowany już wcześniej wyrok:

2) „Zamawiający powinien był stwierdzić że złożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wezwać Odwołującego do wyjaśnień w powyższym zakresie na podstawie art. 26 ust. 4 ZamPublU, a po uzyskaniu wyjaśnień wezwać Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ZamPublU do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego i oświadczenia złożonego przez Odwołującego w formularzu ofertowym w pkt 3 - o zakresie zamówienia, który zostanie przez niego powierzony do wykonania podwykonawcy, gdyż w przypadku robót budowlanych udostępnienie wiedzy i doświadczenia, aby było realne, musi nastąpić poprzez fizyczny udział tego podmiotu w realizacji tych robót.” (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2019 r., sygnatura akt KIO 930/19).

Podsumowując tę część uzasadnienia należy stwierdzić, że Odwołujący w sposób właściwy wskazał zakres podwykonawstwa. Nawet jednak gdyby uznać, że zakres ten nie został wskazany właściwie, to Zamawiający nie może wyciągać z tego powodu wobec Odwołującego negatywnych konsekwencji, lecz powinien wezwać Odwołującego do uzupełnienia wskazania zakresu prac zleconych podwykonawcy.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni - podając uzasadnienie faktyczne i prawne. W niniejszym przypadku Zamawiający jedynie bardzo pobieżnie wskazał, że jego zdaniem (1) zobowiązanie do udostępnienia potencjału złożone przez Euro Invest nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że to ten podmiot wykona zamówienie co narusza art. 22a ust. 4 ustawy Pzp oraz (2) niezasadne było wzywanie Odwołującego do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prawidłowego zobowiązania do udostępnienia potencjału.

Zamawiający nie wyjaśnił natomiast Odwołującemu dlaczego konkretnie uważa, że zobowiązanie nie potwierdza w sposób jednoznaczny, że podmiot trzeci wykona zamówienie, mimo że w treści zobowiązania wyraźnie zostało wskazane, że Euro Invest zrealizuje usługę, do realizacji której udostępnione zdolności są wymagane.

Podobnie Zamawiający ograniczył się do krótkiego stanowiska o niemożliwości wezwania do uzupełnienia zobowiązania. Również w tym przypadku, poza samym stwierdzeniem, brak było jakichkolwiek argumentów. Tymczasem Odwołujący przedstawił wcześniej Zamawiającemu w sposób wyczerpujący swoje stanowisko dotyczące konieczności wezwania do uzupełnienia zobowiązania oraz przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej potwierdzające zaprezentowane stanowisko.

Naruszenie Zamawiającego w tym zakresie spowodowało, że Odwołujący nie zna konkretnych przyczyn, dlaczego Zamawiający stoi na takim stanowisku.

Powyższe okoliczności wskazują również na naruszenie przez Zamawiającego zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to znaczy zasady uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców.

Onaruszeniu tych zasad świadczy również fakt, że Odwołujący został wykluczony z postępowania dopiero w dniu 19 maja 2020 r. Tymczasem już w dniu 30 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Safege do przedstawienia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Zamawiający nie mógł wystosować tego wezwania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ oferta Safege nie była ofertą najwyższej ocenioną. Zamawiający jako podstawę prawną wezwania podał art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

Zgodnie z tym przepisem zamawiający może wystosować wezwanie, jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia. W niniejszym przypadku nie została jednak spełniona przesłanka niezbędności zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania, a w konsekwencji Zamawiający nie miał prawa wezwać wykonawcy Safege do przedstawienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp.

Wystosowanie takiego wezwania przez Zamawiającego świadczy o niezasadnym uprzywilejowaniu wykonawcy Safege kosztem innych wykonawców, w tym kosztem Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego, dnia 4 czerwca 2020 zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca SAFEGE S.A.S. 15-27 rue du Port, Parc de l'Île, 92022 Nanterre CEDEX, Francja (dalej Przystępujący) wnosząc o oddalenia odwołania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu nr 3 tj. zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, podczas gdy Zamawiający miał obowiązek dokonać wezwania, z uwagi na to, że odwołanie zostało w tym zakresie wniesione po upływie terminu określonego w ustawie Pzp; oddalenie odwołania w pozostałej części z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji oraz o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa, według norm przepisanych.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego,

odpowiedzi na odwołanie oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba

Odwoławcza ustaliła

1zważyła, 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 2019 r., poz. 1843.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 29 maja 2020 roku wobec czynności Zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego z dnia 19 maja 2020 roku.

Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o odrzuceniu odwołania w zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp. W ocenie Izby treść wezwania Zamawiającego z 17 kwietnia 2020 roku, w którym Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązanie podmiotu trzeciego, nie może stanowić podstawy do uznania, że nastąpiło zaniechanie wezwania do uzupełnienia zobowiązania. Odwołujący miał prawo oczekiwać, że wezwanie takie zostanie do niego skierowane przez Zamawiającego w terminie późniejszym. Odwołujący powziął wiedzę o tym, iż Zamawiający nie wystąpi do niego z wezwaniem do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, dopiero w dniu otrzymania pisma z dnia 19 maja 2020 roku - Informacji o wykluczeniu wykonawcy. Zatem od tego momentu rozpoczął się bieg terminu na wniesienie środka ochrony prawnej dotyczącego zaniechania Zamawiającego do uzupełnienia zobowiązania. Nie można mówić zatem o spóźnieniu zarzutu.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu, co zostało potwierdzone na posiedzeniu z udziałem stron.

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.

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

Izba ustaliła co następuje:

W treści SIWZ punkt 5.1.1.2 zamawiający ustanowił między innymi następujący warunek udziału w postępowaniu: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, co najmniej 1 usługę, której przedmiotem było sprawowanie nadzoru poprzez pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub Nadzoru Inwestorskiego lub Inwestora Zastępczego nad kontraktem polegającym na budowie obiektów technologicznych obsługujących gospodarkę wodno - ściekową wyposażonych w układy zdalnego sterowania i monitoringu, o wartości tego kontraktu równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 20.000.000,00 PLN bez podatku VAT. Pismem z dnia 22 stycznia 2020 r. stanowiącym udzielenie odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ w trybie wynikającym z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający udzielając odpowiedzi zmodyfikował ww. warunek udziału dopuszczając wykonanie usługi w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący złożył ofertę, w której w pkt. 7 Formularza ofertowego oświadczył, że zamierza zlecić podwykonawcy: Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim następujące części zamówienia: doradztwo, konsultacje, nadzór.

W formularzu JEDZ Lidera Konsorcjum, jak i członka Konsorcjum, w Części IV JEDZ „Kryteria kwalifikacji” zostały złożone oświadczenia, o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu. Do oferty zostało załączone zobowiązanie innego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia od Zachodniego Centrum Konsultingowego EURO INVEST sp. z o.o. z dnia 14 lutego 2020 r.

Zamawiający w dniu 09 marca 2020 r. wezwał Wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wyjaśnień/uzupełnienia rozbieżności pomiędzy pkt 7 Formularza ofertowego, w którym Wykonawca oświadczył, że zamierza zlecić podwykonawcy Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim następujące części zamówienia: doradztwo, konsultacje, nadzór a treścią oświadczeń zawartych w JEDZ Lidera Konsorcjum i Partnera Konsorcjum, gdzie na stronach 5 tych dokumentów oświadczone, że Wykonawca nie zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwa jakiegokolwiek części zamówienia. Ponadto Zamawiający wskazał, że z treści zobowiązania Zachodniego Centrum Konsultingowego EURO INVEST Sp. z o.o. do oddania

do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia z dnia 14 lutego 2020 r. wynika, że Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. m. in. umożliwi Wykonawcy korzystanie z udostępnionych zasobów zdolności technicznej i zawodowej poprzez zapewnienie doradztwa, konsultacji, nadzoru, szkoleń, przekazania kontaktów handlowych czy udostępnienie sprzętu i warsztatu, a także będzie brało udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie sprawowania funkcji koordynatora umowy inżyniera kontraktu oraz specjalisty ds. rozliczeń.

Z uwagi na fakt, że z treści przedmiotowego zobowiązania, ani innych dokumentów złożonych wraz z ofertą nie wynikało wprost jakie dokładnie zasoby zostaną udostępnione Wykonawcy, Zamawiający, w tym samym piśmie na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia czy Wykonawca będzie polegał na zasobach Zachodniego Centrum Konsultingowego EURO INVEST Sp. z o.o. w zakresie doświadczenia podmiotu i osób czy tylko w zakresie osób.

Odwołujący w dniu 11 marca 2020 r. udzielił odpowiedzi, że Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. będzie podwykonawcą części zamówienia odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu, którego udostępnienie dotyczy oraz uzupełnił oświadczenia JEDZ.

W dniu 16 marca 2020 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia dokumentów w trybie art- 26 ust. 1 ustawy Pzp. Wykonawca złożył te dokumenty w dniu 27 marca 2020 r.

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 5.1.1.2. SIWZ Odwołujący przedstawił wykaz usług, w którym wskazał dwie usługi wykonane przez Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o. o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim: jedna usługa wykonana na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Gnieźnie Sp. z o. o. i druga na rzecz Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Gorzowie Wielkopolskim Sp. z o.o.

Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. zobowiązaniem z dnia 14 lutego 2020 r. zobowiązało się udostępnić na rzecz Wykonawcy posiadane zasoby obejmujące zdolności techniczne i zawodowe w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Jednocześnie Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. zobowiązało się w szczególności umożliwić Konsorcjum korzystanie z udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych, poprzez zapewnienie doradztwa, konsultacji, nadzoru, szkoleń, przekazania kontaktów handlowych czy udostępnienie sprzętu i warsztatu, a także poprzez udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie sprawowania funkcji koordynatora umowy inżyniera kontraktu oraz specjalisty do spraw rozliczeń.

Pismem z dnia 17 kwietnia 2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 w związku z art. 22 a ust. 6 ustawy Pzp do:

- a) zastąpienia Zachodniego Centrum Konsultingowego EURO INVEST Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim innym podmiotem lub podmiotami lub
- b) zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia oraz wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 5.1.1.2 SIWZ.

Odwołujący pismem z dnia 23 kwietnia 2020 r. udzielił odpowiedzi, w której wskazał, że w jego opinii Zobowiązanie z dnia 14 lutego 2020 r. spełnia wymagania ustawowe i jest w nim wprost wskazane, że Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. zobowiązuje się do udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy. Jednocześnie Wykonawca wskazał, że w przypadku gdy Zamawiający miał wątpliwość co do treści Zobowiązania z dnia 14 lutego 2020 r. to powinien wezwać Wykonawcę do uzupełnienia tego dokumentu. Na potwierdzenie tej tezy Wykonawca powołał się na orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej. Do złożonych wyjaśnień, Odwołujący załączył nowe Zobowiązanie od Zachodniego Centrum Konsultingowego EURO INVEST sp. z o.o. (bez wezwania ze strony Zamawiającego do uzupełnienia).

Pismem z dnia 19 maja 2020 r. Odwołujący został poinformowany przez Zamawiającego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp oferta Odwołującego została uznana za odrzuconą.

Izba zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, w ocenie Izby odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że 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 wykonania był zobowiązany na podstawie ustawy, naruszył przepisy prawa zamówień publicznych.

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

Izba, w pierwszej kolejności odniosła się do zarzutu wskazanego w odwołaniu jako zarzut drugi, tj. naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z art. 22a ust. 4 Pzp poprzez dokonanie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania (a w dalszej konsekwencji uznania oferty Odwołującego za odrzuconą) z powodu przyjęcia, że ze zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nie wynika, że podmiot ten zrealizuje zamówienie, podczas gdy ze zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby wynika, że zrealizuje on zamówienie, a w konsekwencji Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Bezspornym dla stron była okoliczność, iż Odwołujący samodzielnie nie spełniał warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w pkt 5.1.1.2 SIWZ oraz że w takich okolicznościach uprawniony był do polegania na zdolnościach technicznych i zawodowych innych podmiotów na podstawie art. 22 a ust. 1 Pzp, zgodnie z *którym Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.*

Zgodnie z art. 22a ust. 2 Pzp, *Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.*

Zważywszy na treść art. 22a ust. 4 Pzp, zgodnie z którą 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, wskazać należy, że wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia musi powierzyć realizację robót budowlanych lub usług w zakresie objętym przedmiotowym warunkiem udziału w postępowaniu, tj. w zakresie do realizacji którego te zdolności są wymagane, podmiotowi, który zasoby te udostępni.

Odwołujący załączył do oferty zobowiązanie z dnia 14 lutego 2020 r. innego podmiotu - Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO INVEST Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim (dalej jako podwykonawca) do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W treści zobowiązania, podwykonawca zobowiązał się udostępnić Odwołującemu posiadane zasoby obejmujące zdolności techniczne i zawodowe w zakresie wiedzy i doświadczenia. W szczególności zobowiązał się umożliwić Odwołującemu korzystanie z udostępnionych zasobów poprzez zapewnienie doradztwa, konsultacji, nadzoru, szkoleń, przekazanie kontaktów handlowych czy udostępnienie sprzętu i warsztatu a także poprzez udział w realizacji zamówienia w zakresie sprawowania funkcji koordynatora umowy inżyniera kontraktu oraz specjalisty do spraw rozliczeń. Zobowiązał się również do zapewnienia dostępu do udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych, poprzez wzięcie udziału w realizacji usług, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Zestawiając treść powyższego zobowiązania, którego celem jest udowodnienie Zamawiającemu, że Odwołujący realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia, oraz wymogu że podmiot, który te zasoby udostępni będzie wykonywał zamówienie w zakresie, do realizacji którego te zasoby są wymagane, z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 5.1.1.2. SIWZ, w ocenie Izby nie można stwierdzić, że treść zobowiązania potwierdza, że Odwołujący będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego, w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia w części, dla której przedmiotowe zdolności są wymagane.

Zgodnie z warunkiem określonym w pkt. 5.1.1.2. SIWZ „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 10 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali, co najmniej 1 usługę, której przedmiotem było sprawowanie nadzoru poprzez pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu lub Nadzoru Inwestorskiego lub Inwestora Zastępczego nad kontraktem polegającym na budowie obiektów technologicznych obsługujących gospodarkę wodno-ściekową wyposażonych w układy zdalnego sterowania i monitoringu, o wartości tego kontraktu równej lub większej od wartości stanowiącej równowartość 20.000.000,00 PLN bez podatku VAT*”.

Treść zobowiązania złożonego do oferty w zakresie udostępnionych zasobów, nie pokrywa się z zakresem objętym powyższym warunkiem zamówienia. Umożliwienie Odwołującemu korzystanie z udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych bez wskazania na czym to udostępnienie ma polegać, a odniesienie się jedynie w szczególności do zapewnienia doradztwa, konsultacji, nadzoru, szkoleń, przekazania kontaktów handlowych czy udostępnienia sprzętu i warsztatu, udziału w realizacji zamówienia w zakresie

sprawowania funkcji koordynatora umowy inżyniera kontraktu oraz specjalisty do spraw rozliczeń, zapewnienie dostępu do udostępnionych zasobów zdolności technicznych i zawodowych (czyli tych wskazanych powyżej), poprzez wzięcie udziału w realizacji usług, do realizacji których te (ww.) zdolności są wymagane, nie stanowi potwierdzenia, że podwykonawca realnie i faktycznie zrealizuje zamówienie, w zakresie dla którego określony został przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia.

Użycie zwrotów: zapewnienie doradztwa, konsultacji, nadzoru, szkoleń, przekazanie kontaktów handlowych czy udostępnienie sprzętu i warsztatu, udział w realizacji w zakresie sprawowania funkcji koordynatora umowy inżyniera kontraktu oraz specjalisty do spraw rozliczeń, nie stanowi potwierdzenia czynnej i pełnej realizacji usługi objętej warunkiem zamówienia określonej w pkt 5.1.1.2. SIWZ.

Wniosek taki, potwierdza również treść formularza ofertowego (w szczególności pkt 7), w którym Odwołujący wyraźnie wskazuje część zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcy tj. doradztwo, konsultacje i nadzoru, co stanowi zakres znacznie węższy od wskazanego w warunku udziału w postępowaniu.

Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, iż z treści załączonego zobowiązania wynika, że podwykonawca zrealizuje zamówienie. Z treści zobowiązania wynika, że podwykonawca weźmie udział w realizacji usług, do których zdolności są wymagane, jednak zważywszy na to, że podwykonawca w treści zobowiązania wskazał usługi do których zapewnienia się zobowiązał, a które nie pokrywają się z warunkiem udziału określony w pkt. 5.1.1.2. SIWZ, to należy przyjąć, że udział podwykonawcy w realizacji zamówienie będzie ograniczony jedynie to przywołanych w zobowiązaniu usług. Powyższe jednoznacznie wskazuje, że nie został dochowany wymóg określony w art. 22a ust. 4 Pzp.

Nie można uznać za prawidłowe działanie Odwołującego, który w odpowiedzi na wezwanie z dnia 9 marca 2020 r. do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp w zakresie dotyczącym treści złożonego zobowiązania oświadczył, że Zachodnie Centrum Konsultingowe EURO-INWEST sp. z o.o. będzie podwykonawcą części zamówienia odpowiadającej warunkowi udziału w postępowaniu, którego udostępnienie dotyczy, bowiem zakres taki nie wynika z treści formularza ofertowego - został on w formularzu ofertowym zawężony jedynie do doradztwo, konsultacje i nadzoru.

Wobec powyższego nie można uznać, że zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone do oferty potwierdza spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu.

Zarzut należy zatem uznać za niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, podczas gdy Zamawiający miał obowiązek dokonać wezwania, zarzut należy uznać za chybyony.

Zgodnie z 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.

Odstępstwo do powyższego obowiązku Zamawiającego dopuszczalne jest zatem jedynie w sytuacji kiedy oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

W ocenie stanu faktycznego kluczowym i decydującym elementem była dla Izby treść formularza oferty, w szczególności pkt 7, w którym Odwołujący wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcy następujące części zamówienia:

doradztwo, konsultacje i nadzór

oraz oświadczenie złożone na formularzu JEDZ część II pkt C: INFORMACJE NA TEMAT POLEGANIA NA ZDOLNOŚCI INNYCH PODMIOTÓW, gdzie Odwołujący w odpowiedzi na pytanie „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V” zaznaczył odpowiedź TAK. Analiza treści formularza ofertowego (w szczególności pkt 7) wskazuje, że Odwołujący zaoferował Zamawiającemu realizację przedmiotowego zamówienia, powierzając zakres wymagany do zrealizowania przez podmiot udostępniający zasoby w postaci niezbędnego doświadczenia, w granicach węższych niż było to wymagane warunkiem udziału w postępowaniu, ograniczając go jedynie do doradztwa, konsultacji i nadzoru.

Izba wskazuje, że zakres wskazany do realizacji przez podwykonawcę jest elementem oferty, stanowiącym o sposobie realizacji zamówienia tj. sposobie spełnienia świadczenia i jako element oferty nie może ulec zmianie po terminie składania ofert, tym bardziej, że odnosi się do obszaru decydującego o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a zatem jest decydującym co do możliwości ubiegania się przez wykonawcę o przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Izby, nie ulega wątpliwości, że zaoficerowany przez Odwołującego w ofercie sposób realizacji zamówienia, stanowi naruszenie przepisu art. 22a ust. 4 Pzp, bowiem Odwołujący, który samodzielnie nie spełnia warunku udziału w postępowaniu określonego w SIWZ w pkt 5.1.1.2. SIWZ, a który na potwierdzenie spełnienia ww. warunku polega na zasobach innego podmiotu, oferuje realizację przedmiotu zamówienia przez ten podmiot w granicach mniejszych, niż zdolności (tu doświadczenie) wymagane do realizacji tego zamówienia. Prowadzi to do wniosku, iż podmiot trzeci, który posiada zdolności (doświadczenie) do realizacji usługi, dla której te zdolności są wymagane, nie będzie realizował tej usługi w zakresie odpowiadającym warunkowi udziału w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko zawarte w wyroku z 26 września 2016 roku (KIO 1708/16) stwierdzając, że „treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji”.

Treść oferty to formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy, składane wraz z formularzem ofertowym. Na gruncie przepisów Pzp, treść oferty to oświadczenie woli wykonawcy wyrażone w formularzu ofertowym stanowiące jednostronne zobowiązanie wykonawcy do wykonania oznaczonego świadczenia, które zostanie zrealizowane na rzecz zamawiającego, jeśli oferta złożona przez wykonawcę zostanie uznana za najkorzystniejszą i zostanie z nim zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Pod pojęciem treści oferty należy rozumieć deklarowane w ofercie spełnienie wymagań zamawiającego przede wszystkim co do zakresu, ilości, jakości, warunków i sposobu realizacji oraz innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia publicznego.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO 2245/17 z dnia 9 listopada 2017 r. zgodnie z którym: „Izba stoi na stanowisku, że zakres podwykonawstwa (tj. część zamówienia wskazana w ofercie, które wykonawca przeznacza do realizacji za pomocą podwykonawstwa) stanowi o sposobie spełnienia świadczenia przez wykonawcę i jako taki nie może ulegać zmianie po złożeniu oferty. Idąc dalej to art. 22a ust. 4 Ustawy wskazuje, że określone zasoby wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia przy zamówieniach na roboty budowlane lub usługi mogą być realnie udostępnione tylko przez realizację ich przez podmioty udostępniające, a w konsekwencji art. 36b ust. 2 Ustawy nakazuje zachowanie ciągłości spełniania warunków udziału w razie konieczności zmiany podwykonawcy. Tym samym przedmiotem oceny Zamawiającego powinno być z jednej strony to, jak będzie wykonane zamówienie, a z drugiej czy potencjał udostępniony został w sposób realny i czy ta realność została zachowana tak w ofercie, jak i na etapie wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z 14 września 2017 r., sygn. akt KIO 1751/17). Dlatego też w ocenie Izby wykonawca, który deklaruje, iż wykona zamówienie z udziałem podwykonawcy w konkretnym, ograniczonym zakresie (w tym wypadku w zakresie prac konserwatorskich), nie może później podnosić, że podwykonawcom zostanie powierzona jednak większa część zamówienia. Tym bardziej do rozszerzenia zakresu podwykonawstwa w stosunku do treści oświadczenia wykonawcy wyrażonego w ofercie nie jest uprawniony sam Zamawiający, na podstawie oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby”.

Powyższe okoliczności, w ocenie Izby wskazują na złożenia oferty, która w swej treści jest niezgodna z treścią art. 22a ust. 4 Pzp, zgodnie z którą 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.

Zatem, skoro oferta została złożona z naruszeniem art. 22a ust. 4 Pzp, to zaistniała przesłanka odrzucenia oferty określona w art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którą Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Ponadto, w ocenie Izby, żądanie Odwołującego dotyczące wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego jest próbą niedopuszczalnej przez ustawę Pzp ingerencji w treść oferty, która ma na celu uzupełnienie treści oferty o elementy pierwotnie w niej niezawarte. Oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia. Izba wskazuje, że oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie. Tym bardziej nie można dokonywać zmiany treści oferty na podstawie zobowiązania podmiotu trzeciego.

W związku z powyższym, nie potwierdził się zarzut, iż zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do wezwania zobowiązania podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, podczas gdy miał obowiązek wezwania, bowiem Odwołujący złożył ofertą niezgodną z art. 22a ust. 4 Pzp, podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. pkt 1 Pzp. Okoliczności te stanowią podstawę do zwolnienia Zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba wskazuje, że w prawdzie Zamawiający nie powołał się na ww. podstawę prawną dotyczącą odrzucenia oferty Odwołującego (wskazał jedynie art. 24 ust. 4 Pzp), jednak przywołał bezsporną okoliczność faktyczną, zgodnie z którą zaoficerowany przez

Odwołującego sposób realizacji przedmiotowego zamówienia narusza art. 22a ust. 4 Pzp.

Izba, w odniesieniu do wyroków Krajowej Izby Odwoławczej przywołanych przez Odwołującego wskazuje, iż zapadły one w innych okolicznościach faktycznych, dotyczyły m.in. braku wskazania w formularzu ofertowym zakresu powierzonego do realizacji przez podwykonawcę, zmiany nazw podwykonawców oraz odnosiły się do innych zarzutów. Dlatego ustalenia w nich dokonane, nie mogły mieć zastosowania przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie podania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego dotyczącego wykluczenia Odwołującego, co spowodowało, że Odwołujący nie zna konkretnych powodów dlaczego Zamawiający uznał, że (1) z zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby nie wynika jednoznacznie, że podmiot ten wykona zamówienie oraz dlaczego Zamawiający uznał, że (2) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby nie podlega procedurze poprawienia określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podczas gdy zgodnie z ustawą na Zamawiającym ciąży obowiązek wyczerpującego uzasadnienia decyzji o wykluczeniu, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp *Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

Zamawiający, pismem z dnia 19 maja 2020 r. przekazał Odwołującemu Informację o wykluczeniu wykonawców. W treści informacji Zamawiający podał uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia Odwołującego. Wskazał, że z zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, że Podmiot udostępniający potencjał będzie osobiście realizował zamówienie w dużo węższym zakresie niż: wymagany w warunku udziału w postępowaniu określonym w pkt 5.1.1.2 SIWZ. Ponadto, Zamawiający wyjaśnił, że w jego ocenie niedopuszczalne jest uzupełnienie na etapie badania i oceny ofert zakresu podwykonawstwa podmiotu udostępniającego potencjał, w przypadku gdy w pierwotnie złożonej ofercie istnieje różnica między udostępnionym potencjałem, a zakresem podwykonawstwa jakie podmiot trzeci musi zrealizować na podstawie art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, na potwierdzenie czego, przywołał wyrok KIO z dnia z dnia 9 listopada 2017 r., sygn. akt: KIO 2245/17.

Izba nie podziela argumentacji Odwołującego. Zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego wskazywało przyczyny jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego, w sposób zgodny z wymogiem art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponadto dawało Odwołującemu możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Izba wskazuje że zarzut nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji sprawy, zatem nie może zostać uznany za zasadny.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Safege jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta tego wykonawcy nie jest ofertą najkorzystniejszą, Izba nie stwierdziła aby wybór wykonawcy nastąpił w oparciu o inne kryteria oceny ofert, niż te wskazane w ofercie. Zgodnie bowiem z treścią art. 91 ust. 1 Pzp „Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”. Analizowany zarzut Izba uznała zatem za niezasadny.

Izba nie stwierdziła również aby postępowanie prowadzone było z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co zarzucał Odwołujący, wskazując na naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zamawiający wykonywał czynności w postępowaniu, zgodnie z przepisami Pzp, co nie może stanowić naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 ust. 1 i 2 lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: