

Sygn. akt: KIO 355/21

**WYROK**  
z dnia 23 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff**

**Protokolant: Piotr Kur**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 lutego 2021 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w **2 lutego 2021 r.** przez wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miękinia, ul. Kościuszki 41, 55-330 Miękinia** przy udziale wykonawcy **BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11, 54-517 Wrocław** ogłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław**

i:  
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 00 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:**

.....

Sygn. akt: KIO 355/21

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Przebudowa dróg gminnych (ul. Długa i Porzeczkowa) w miejscowości Lutynia”. Oznaczenie sprawy: KRO.ZP.271.21.2020; zostało wszczęte ogłoszeniem w ogłoszeniu opublikowanym w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 772184 - N - 2020, data zamieszczenia 30.12.2020 r. przez: Gminę Miękinia, ul. Kościuszki 41, 55-330 Miękinia zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 28.01.2021 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o., ul. Szczecińska 11. 54-517 Wrocław zwana dalej: „BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o. albo „Przystępującym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajęła oferta Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o., Wysoka, ul. Lipowa 5A, 52-200 Wrocław zwanej dalej: „Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 02.02.2021 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Strabag Infrastruktura Południe Sp. z o.o. wniosła odwołanie na czynności z 28.01.2021 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił:

1. art. 22a ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne uznanie, że Berger Bau Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu, podczas gdy nie spełniała warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, posiadanego doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 b pkt 1 i 3 Pzp)

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez jego niezastosowanie i niezgodne z przepisami Pzp, postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” działanie Zamawiającego polegające na uznaniu, że Berger Bau Sp. z o.o. potwierdziła spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dacie złożenia oferty na zasadach opisanych w art. 22a ust. 2 Pzp i SIWZ, w szczególności w zakresie dysponowania zdolnościami technicznymi i zawodowymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału i dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy dokumenty umożliwiające ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22a ust. 1 Pzp wykonawca ten złożył dopiero w dniu 21.01.2021 r., a zatem po dniu terminu do składania ofert

3. z daleko idącej ostrożności prawnej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów w pkt 1-2 podnoszę zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez negocjowanie treści oferty przez Zamawiającego z Wykonawcą Berger Bau Polska Sp. z o.o. po dniu złożenia ofert, pomimo, że jej treść nie odpowiadała wymogom treści SIWZ, nie zachodziły przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania jej zmiany, po dacie złożenia oferty, tj. po dniu 20.01.2021 r.

w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1-3 naruszenie:

4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez udzielenie zamówienia Wykonawcy, który nie wykazał spełnia warunków udziału w postępowaniu w dniu złożenia oferty

5. art. 7 ust. 3 poprzez udzielanie zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami Pzp, tj. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który negocjując treść oferty z Zamawiającym zmienił ją poprzez uzupełnienie dokumentów dotyczące spełnienia warunków udziału, bez uprzedniego wezwania Zamawiającego, co stanowi przejaw naruszenia zasady przejrzystości oraz równego traktowania przez Zamawiającego wszystkich wykonawców oraz po wyborze jego oferty. Wnosił:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

2. powtórzenie czynności oceny i badania ofert,

3. wykluczenie Berger Bau Polska Sp. z o.o. z niniejszego postępowania oraz odrzucenie jego oferty,

4. nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego,

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści dokumentów w postępowaniu, jak również z dokumentów złożonych do niniejszego odwołania przez Odwołującego na uzasadnienie stawianych zarzutów oraz na okoliczność wykazania faktów nim potwierdzonych i z nich wynikających.

W dniu 28.01.2021 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o. w postępowaniu. Wybór ten został dokonany z naruszeniem wskazanych wyżej przepisów Pzp. Berger Bau Sp. z o.o. nie spełnia bowiem warunków udziału w postępowaniu na zasadach opisanych i wymaganych w SIWZ w dacie złożenia oferty. Spełnienie ww. warunku, zgodnie z art. 22a ust. 1 Pzp, może nastąpić przez poleganie na

zdolnościach zawodowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego stosunku prawnego łączącego Wykonawcę z podmiotem trzecim. Wykazanie powyższego, tj. dysponowania zdolnością podmiotu trzeciego jak również tego, że potencjał ten jest wystarczający dla spełnienia postawionych warunków następuje przez złożenie odpowiednich dokumentów, w trybie i na zasadach przewidzianych w SIWZ. I tak w ramach niniejszego postępowania Zamawiający wskazał, że do oceny sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu stosował będzie procedurę odwróconą z przepisu art. 24 aa ust. 1 Pzp. Oznacza to, że Zamawiający najpierw miał dokonać oceny ofert pod kątem spełnienia wymogów oferty z art. 89 ust. 1 Pzp, a następnie zbadać, czy oferta uznawana za najkorzystniejszą spełnia warunki udziału i następnie dokonać oceny podmiotowej wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą i spełniającą warunki udziału w postępowaniu.

W Rozdz. XIII pkt. 1 SIWZ wyboldowano i oznaczone kolorem zielonym zaznaczone przez Zamawiającego wyraźnie wskazano, że załącznik nr 4 do IDW czyli zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać dołączone do oferty na zasobach którego wykonawca polegał na potwierdzenie spełnienia warunków udziału. W Rozdz. XII ust 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in. w ww. ppkt 3 zdolności technicznej lub zawodowej przy czym Zamawiający wskazał że uzna, że wykonawcy spełniają niniejszy warunek jeśli wykażą, że lit. b) dysponują osobami zdolnymi do wykonania zamówienia wraz z informacją na temat kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywania przez nich czynności oraz poda informację o podstawie dysponowania tymi osobami. Powyższy wymóg dotyczył Kierownika Budowy, Kierownika robót elektrycznych oraz Kierownika robót sanitarnych.

W Rozdz. XIII Zamawiający z kolei określił wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału oraz brak podstaw wykluczenia. W pkt 2 tego Rozdziału Zamawiający opisał wykaz innych dokumentów składanych przez każdego wykonawcę do oferty, co istotne, w ppkt 2 Zamawiający wymagał w przypadku, gdy wykonawca polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a Pzp, złożenia Zobowiązania innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 IDW lub inne dokumenty udowadniające, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów tj. zawierające informacje:

- a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu
- b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia
- c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego
- d) 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

W zakresie formy składanych dokumentów Zamawiający w Rozdz. XIII pkt 7 ppkt 1 SIWZ wymagał złożenia dokumentów w odniesieniu do innych podmiotów na zasobach których polega wykonawca zgodnie z art. 22a Pzp w oryginale.

W przedmiotowym postępowaniu Berger Bau Polska Sp. z o.o. w treści Formularza oferty powołała się na potwierdzenie spełnienia warunków udziału na zasoby podmiotów trzecich w branży sanitarnej oraz w branży elektrycznej. Odpowiednio w branży elektrycznej na zasoby M. B. Wo-Mar oraz w branży sanitarnej na zasoby PHU M. G. . Co istotne, do oferty Berger Bau Polska Sp. z o.o. załączyła tylko jedno Zobowiązanie podmiotu udostępniającego na potwierdzenie spełnienia warunków udziału zgodnie z Rozdz. XIII ust. 1 pkt 2 oraz wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 4 IDW, natomiast nie złożyła i przedstawiła zobowiązania dla zakresu branży sanitarnej PHU M. G. .

W Rozdz. XXI pkt 3 Zamawiający wskazał, jakie dokumenty może złożyć Wykonawca w trybie uzupełnienia po wezwaniu Zamawiającego. Wskazuje na uzupełnienie oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 oraz 25a ust. 1 Pzp, natomiast zobowiązanie, którego nie złożyła Berger Bau Polska Sp. z o.o. dotyczy zasobów innych podmiotów na które powoływała się na zasadach wynikających z przepisu art. 22a Pzp, a ściślej nie załączyła zgodnie z wymogami Rozdz. XIII ust. 2 ppkt 2 SIWZ Zobowiązania innych podmiotów do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W treści tego Załącznika nr 4 IDW, w zakresie objętym zarzutem odwołania, wykonawca miał podać „informacje w związku z poleganiem na zasobach innych podmiotów”, gdzie wykonawca miał oświadczyć, że „w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, polega na zasobach następującego/ych podmiotu/ów”. W tym miejscu miał podać podmiot (nazwę), a następnie oświadczyć, że polegać będzie na tych zasobach „w następującym zakresie” i miał „określić odpowiedni zakres dla wskazanego podmiotu”.

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- (1) nie podlegają wykluczeniu;
- (2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Warunki udziału w postępowaniu, co wynika z brzmienia przepisu art. 22 ust. 1b Pzp mogą dotyczyć: (1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; (2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; (3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Z kolei, zgodnie z dyspozycją przepisu art. 22a Pzp wykonawca może, w celu potwierdzenia spełnienia 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.

Jednak Wykonawca polegając 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. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 Pzp.

Zaznaczenia wymaga także, że Ustawodawca wprowadził również dodatkowy warunek w odniesieniu do zamówień polegających na realizacji robót budowlanych lub usług stwierdzając, że w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolności innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Odwołujący podnosi, że Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie złożyła wymagane zobowiązania z Załącznika nr 4 do IDW pomimo, że powoływała się na zasoby podmiotów trzecich w formularzu oferty na potwierdzenie spełnienia

warunków udziału na dzień złożenia oferty.

Taki stan faktyczny, w którym wykonawca powołuje się na potwierdzenie spełnienia warunków udziału stanowił podstawy do uznania wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i skuteczności złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innych podmiotów, w zakresie jaki wymagał Zamawiający w dniu złożenia oferty. W rozpoznawanym przypadku, w ocenie Odwołującego mamy do czynienia z brakiem złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innych podmiotów, bowiem, z samego oświadczenia Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie można mając na uwadze obowiązku wykazania, udowodnienia Zamawiającemu dysponowania - sprowadzić do złożenia podpisu w druku, który nie został przez składającego oświadczenie uzupełniony o wymagane treści, a ściśle o Załącznik nr 4 ze wskazaniem zakresu, sposobu spełnienia wymogów SIWZ.

W ocenie Odwołującego, Berger Bau Polska Sp. z o.o. składając z ofertą bez Załączników nr 4 IDW dotyczących potencjału podmiotów na których zasoby się powoływała w formie i sposób wymagany przez Zamawiającego i tylko w odniesieniu do jednego podmiotu w kopi nie wykazała, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ, tak jak to opisał i wymagał Zamawiający w Rozdz. XIII.

W ocenie Odwołującego podpisane oświadczenie własne Berger Bau Polska Spz o.o. (oferta) z powołaniem się na potwierdzenie spełnienia warunków udziału np. w branży sanitarnej, ale bez złożenia w oryginale Załącznika nr 4 IDW w zasadzie stanowi o złożeniu przeciwnego, do wskazywanego przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. oświadczenia. Takie oświadczenie należy ocenić i traktować jako oświadczenie o niepowoływaniu się na zasoby innych podmiotów, bowiem z oświadczenia Spółki Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie wynika, czy M. G. posiada w zakresie udostępnionego personelu - kierownika robót sanitarnych z wymaganymi kwalifikacjami, doświadczeniem i uprawnieniami - bez złożenia dokumentu Załącznika nr 4 IDW do oferty. W odniesieniu do ww. podmiotu, na którego zasoby powołał się wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. w dniu złożenia oferty, nie zostało ono uzupełnione o dane podmiotu/osoby (dane identyfikujące osobę kierownika robót sanitarnych, kwalifikacje, uprawnienia, zakres) z Załącznikiem nr 4 IDW, co potwierdza, że Berger Bau Polska Sp. z o.o. na etapie składania oferty nie powoływała się na zasoby innego wykonawcy, w sposób zgodny z wymogami SIWZ.

W rozpoznawanym przypadku, w ocenie Odwołującego mamy do czynienia z brakiem złożenia oświadczenia o poleganiu na zasobach innych podmiotów w sposób, w formie i w zakresie wymaganym i opisanym w SIWZ, bowiem, samego oświadczenia nie można - mając na uwadze obowiązek wykazania, udowodnienia Zamawiającemu dysponowania na dzień złożenia oferty - sprowadzić do złożenia oświadczeń własnych Spółki Berger Bau Polska Sp. z o.o. podpisu na formularzu oferty podmiotu na zasoby, którego powołała się Berger Bau Polska Sp. z o.o., który nie został przez składającego oświadczenie uzupełniony o wymagane treści i potwierdzony zgodnie ze wzorem Załącznikiem nr 4 IDW.

W ocenie Odwołującego, w rozpoznawanej sprawie Berger Bau Polska Spz o.o. składając z ofertą bez Załącznika nr 4 IDW w oryginale lub w dniu złożenia oferty nie wykazała, że spełniła warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ jednoznacznie w sytuacji polegania na zasobach innych podmiotów niż własne. W ocenie Odwołującego, oświadczenie tego wykonawcy bez Załącznika nr 4 w zasadzie stanowi o złożeniu przeciwnego, do wskazywanego przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. oświadczenia - a mianowicie, takie oświadczenie należy ocenić i traktować jako oświadczenie o niepowoływaniu się na zasoby innych podmiotów. Taki sposób oceny złożonego w ofercie oświadczenia potwierdza sama Berger Bau Polska Sp. z o.o., co wynika z faktu, że pomimo braku złożenia wymaganych zobowiązań podmiotów trzecich bez podstawy prawnej, co sprawia, że doszło do negocjacji treści oferty z Zamawiającym, po dniu złożenia oferty, a mianowicie w dniu 21.01.2021, w którym to Berger Bau Polska Sp. z o.o. złożyła te Zobowiązania do Zamawiającego w celu doprowadzenia jej do zgodności z wymogami i warunkami SIWZ. /Dowód: kopie zobowiązań z prezentatami dat złożenia - Zobowiązań podmiotów trzecich z datą 21.01.2021r. do Urzędu Miękinia - na zasoby których Spółka Berger Bau Polska Sp. z o.o. powoływała się w ofercie w dniu jej złożenia tj. w dniu 20.01.2021 r./.

Odwołujący podnosił, że przepis art. 22a ust. 2 Pzp jest artykułem dyspozytywnym dla wykonawcy - co oznacza, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania, udowodnienia, i to już na etapie złożenia oferty, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami innych podmiotów w sposób wymagany i opisany w SIWZ. Ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, również przy pomocy kadry - kierownika robót branżowych z innego podmiotu tak jak ma to miejsce w rozpoznawanym przypadku, następuje na etapie badania wstępnych oświadczeń i treści oferty i wówczas musi istnieć dokument, który jest wymagany. Wtedy też wykonawca powinien, zgodnie z obowiązującymi przepisami udowodnić dysponowanie tymi zasobami w sposób i na warunkach opisanych w SIWZ. Także w ocenie KIO: „Przekonującą (i powszechnie przyjętą) w tym zakresie wykładnię przepisów prawa zamówień publicznych zaprezentował Prezes UZP w opinii pt. „Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ZamPubU” (zamieszczonej na stronie internetowej [uzp.gov.pl](http://uzp.gov.pl) w zakładce „Baza wiedzy”). Zgodnie z powyższą opinią argumentowano, że zobowiązanie podmiotu trzeciego obligatoryjnie załączone być musi do oferty wykonawcy i wskazano: „Zobowiązanie podmiotu trzeciego albo inny dokument, służący wykazaniu udostępnienia wykonawcy potencjału przez podmiot trzeci w zakresie określonym w art. 22a ust. 1 ZamPubU, stanowi potwierdzenie, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu został wykonawcy faktycznie udostępniony. Zobowiązanie to stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału postępowaniu dokonywanej przez zamawiającego w pierwszej kolejności w oparciu o wstępne oświadczenie wykonawców składane - w zamówieniach powyżej progów UE - na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zaś w zamówieniach poniżej progów UE - w ramach „zwykłego” oświadczenia wykonawcy. Dla dokonania wstępnej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu niezbędne jest ustalenie w jakim zakresie wykonawca wykazuje spełnianie warunków samodzielnie, a w jakim korzysta z potencjału podmiotu trzeciego i jaki zakres tego potencjału został wykonawcy udzielony, do ustalenia czego niezbędny jest wskazany dokument”. Wyżej wskazana wykładnia pozwala w sposób jednoznaczny wyjaśnić, że wstępne potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nastąpić powinno łącznie, tj. przez przyznanie wstępnych oświadczeń o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu i zobowiązaniu podmiotu trzeciego. W stanie faktycznym tej sprawy Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie złożyła skutecznego oświadczenia z Załącznikiem nr 4 IDW - w zasadzie oświadczyła, że nie będzie korzystała z potencjału innego podmiotu do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu bowiem nie przedstawiła wraz z ofertą żadnego dokumentu, który potwierdzałby udostępnienie potencjału innego podmiotu wykonawcy, choć jednoznacznie wynika to z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (art. 22a ust. 2 ustawy) jak również zostało jednoznacznie wskazane w SIWZ. Zgodnie z pkt XII ust. 2 pkt 3 SIWZ „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”.

Brak przedstawienia przez Berger Bau Polska Sp. z o.o. wraz z ofertą jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego oddanie do dyspozycji zasobów przez inny podmiot, jak również brak podania w złożonych oświadczeniach jakichkolwiek informacji w tym zakresie - dot. kierownika robót sanitarnych, powoduje, że przedstawienie informacji o podmiocie

udostępniającym zasoby po terminie składania ofert należy uznać za działanie niezgodne z obowiązującymi regulacjami prawnymi i stanowiące niedopuszczalną prawem zmianę sposobu realizacji zamówienia dokonaną po terminie składania ofert, a co za tym idzie nie może się ostać. Pomijając w tym miejscu kwestię sposobu uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę Berger Bau Polska Sp. z o.o., poprzez fizyczne dostarczenie brakujących dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu po dacie złożenia oferty, wskazać należy, że w dokumentach przedstawionych Zamawiającemu dnia 20.01.2021 r., Berger Bau Polska Sp. z o.o. potwierdziła zasadność stawianych Zamawiającemu zarzutów. Tym samym dopiero po złożeniu oferty, które nastąpiło w dniu 20.01.2021 r. a mianowicie dopiero w dniu 21.01.2021 r. wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. złożył skuteczne oświadczenia podmiotów trzecich, co uwzględniając złożenie oświadczenia podmiotu udostępniającego, dopiero po upływie terminu składania ofert powoduje, że w złożonej ofercie Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie zostały przedstawione żadne informacje wskazujące na korzystanie ze wskazanego potencjału innego, na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wskazuje na wyrok KIO z 23.01.2020 r., sygn. akt: KIO 42/20 oraz wyrok KIO z 28.02.2020 r., sygn. akt: KIO 306/20. Odwołujący wskazuje, że Berger Bau Polska Sp. z o.o. składając ofertę w postępowaniu nie dochowała należytej staranności przy uwzględnieniu, że chciała posłużyć się potencjałem innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Informacje podawane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego składane w sposób celowy, stanowią odpowiedź na ukształtowane w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ warunki udziału w postępowaniu, dlatego też muszą być rozpatrywane w pryzmacie staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego charakteru postępowania o zamówienie oraz zawodowego charakteru prowadzonej działalności przez wykonawców. Do czynności Zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zgodnie z art. 14 Pzp, mają zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego. Tym samym czynność wykonawcy polegająca na przedstawieniu informacji Zamawiającemu należy oceniać w pryzmacie cywilistycznym, a więc dokonując oceny dochowania przez wykonawcę należytej staranności wymaganej od uczestnika postępowania. SN w wyroku z dnia 23 października 2003 roku sygn. akt V CK 311/02 wskazał, że „*wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny. Jego zastosowanie w praktyce polega najpierw na dokonaniu wyboru modelu, ustalającego optymalny w danych warunkach sposób postępowania, odpowiednio skonkretyzowanego i aprobowanego społecznie, a następnie na porównaniu zachowania się dłużnika z takim wzorcem postępowania. O tym, czy na tle konkretnych okoliczności można osobie zobowiązanej postawić zarzut braku należytej staranności w dopełnieniu obowiązków, decyduje nie tylko niezgodność jego postępowania z modelem, lecz także uwarunkowana doświadczeniem życiowym możliwość przewidywania odpowiednich następstw zachowania.*” Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO, należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązujących prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności.

Odwołujący powołuje się w następnej kolejności na wyrok KIO z 28.02.2020 r., sygn. akt: KIO 306/20. Ponadto Odwołujący przedłożył artykuł ze strony www UZP, w którym podkreśla się, że zobowiązanie podmiotu trzeciego „stanowi punkt wyjścia do oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu” i stanowi podstawę do odrzucenia oferty, w sytuacji gdy oferta Spółki Berger Bau Polska Sp. z o.o. była niekompletna i uniemożliwiała jej ocenę Zamawiającemu na dzień wyboru tej oferty w dniu 20.01.2021 r., wybór tej oferty dokonany w dniu 21.01.2021 r. nie mógł zostać dokonany w sposób zgodny z wymogami Pzp. Wykonawca Spółka Berger Bau Polska Sp. z o.o. winien zatem zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

Przedstawione powyżej okoliczności faktyczne i treść dowodów w postaci dat wpływu dokumentów podmiotów trzecich oraz ich fizyczne złożenie po dacie wyboru oferty Spółki Berger Bau Polska Sp. z o.o. jednoznacznie wskazują, że Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy bez posiadania dokumentów, których złożenie bezwzględnie wymagał wraz z ofertą, a zatem przed jej wyborem, następcze działania Berger Bau Polska Sp. z o.o. dowodzą, że Zamawiający dopuścił się naruszenia fundamentalnych zasad przejrzystości i transparentności w ten sposób, że dokonał wyboru oferty na podstawie dokumentów, które w sposób nieuprawniony i pozbawiony podstaw prawnych Berger Bau Polska Sp. z o.o. złożyła po dacie składania ofert w dniu 21.01.2021 r. Wskazał na wyrok KIO z 24.01.2017 r. sygn. akt: KIO 50/17. Skoro Berger Bau Polska Sp. z o.o. w dniu 21.01.2021 r. po dniu składa ofert złożyła dokumenty wymagane wraz z ofertą na potwierdzenie spełnienia warunków udziału, to oznacza to, że sama potwierdziła, fakt, że jej oferta nie spełnia wymogów SIWZ. Przywołał wyrok KIO z 25.03.2019 r., sygn. akt 408/19. W ocenie Odwołującego niedopuszczalna była zmiana treści oferty po dniu jej złożenia i jej uzupełnienie w dniu 21.01.2021 r. i prowadzenie negocjacji przez Zamawiającego z ww. wykonawcą w celu dostosowania jej treści do wymogów SIWZ. W powyższym zakresie KIO wskazuje na obowiązek zastosowania art. 355 § 1 k.c. w zw. z art. 14 Pzp, w związku z którym od wykonawcy można oczekiwać staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Zgodnie z wyrokiem SN z 10.03.2004r. (sygn. akt IV CK 151/03) przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności - vide: Sądu Najwyższego z 23.10.2003r. (sygn. akt: V CK 311/02).

Zamawiający w dniu 03.02.2021 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.02.2021 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) BERGER BAU POLSKA Sp. z o.o. ogłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W zakresie spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określił w Rozdz. XII ust. 2 SIWZ, określając warunki dotyczące zarówno sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jak i zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy. W tym ostatnim zakresie Zamawiający wskazał, że: uzna, że wykonawca spełnia niniejszy warunek wówczas, jeżeli

- a) wykaże że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej dwie roboty, której przedmiotem była przebudowa/ budowa/ remont drogi o nawierzchni jezdni asfaltowej wraz z kanalizacją sanitarną lub deszczową i oświetleniem drogowym o wartości co najmniej 4 500.000,00 zł brutto każda,
- b) dysponuje osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

- wskaże do uczestniczenia w wykonaniu niniejszego zamówienia następującą osobę wraz z informacją na temat kwalifikacji zawodowych, uprawnień, wykształcenia i doświadczenia, niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywania przez nich czynności oraz poda informację o podstawie dysponowania tymi osobami:

Kierownik Budowy - osoba posiadająca kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności drogowej, co najmniej 5-letnie doświadczenie zawodowe przy pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych);

Kierownik robót elektrycznych - osoba posiadająca następujące kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi M> specjalności instalacyjno- inżynieryjnej w zakresie instalacji elektroenergetycznych, co najmniej 3-letnie doświadczenie zawodowe przy pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych)

Kierownik robót sanitarnych - osoba posiadająca następujące kwalifikacje: uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci kanalizacyjnej oraz posiadająca co najmniej trzyletnie doświadczenie zawodowe przy pełnieniu samodzielnych funkcji technicznych (liczone od dnia uzyskania uprawnień budowlanych).

Stwierdził, że wyżej wymienione warunki Przystępujący spełnia i spełniał je na dzień składania ofert. Podkreślił przy tym, że przepisy Pzp przewidują wprost możliwość wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu z wykorzystaniem zasobu podmiotu trzeciego. 1 tak, zgodnie z art. 22a ust. 1 Pzp: 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. Z takiego właśnie uprawnienia skorzystał Przystępujący, powołując się na zasoby podmiotów trzecich celem wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu w zakresie dysponowania następującymi osobami tj. Kierownikiem robót elektrycznych i Kierownikiem robót sanitarnych, które miały brać udział w realizacji zamówienia. Powyższe wynika wprost z jednoznacznych informacji zawartych w ofercie Przystępującego i pozostałych dokumentach złożonych przez niego wraz z jego ofertą. Po pierwsze, wypełniając formularz ofertowy, Przystępujący wskazał:

13) część zamówienia zamierzamy powierzyć podwykonawcom w następującym zakresie\*)

| LL.p. | Zakres powierzony do wykonania podwykonawcy                                        | Wartość procentowa część lub zamówienia | Firma podwykonawcy (o ile jest to wiadome) |
|-------|------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|--------------------------------------------|
|       | Branża elektryczna                                                                 | 7%                                      | M. B. Wo-Mar                               |
|       | Branża sanitarna                                                                   | 53%                                     | PHU M. G.                                  |
|       | ORZ, ORD, Brukarka, Geodezja, Frezownia, Stabilizacja na m-cu, zieleni, odrodzenia | 5%                                      |                                            |

/Dowód: formularz oferty na okoliczność powoływania się przez Przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazania zakresu, podmiotu i charakteru udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia na etapie składania ofert, a w konsekwencji - spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego/

Powyższe oświadczenie łączy się wprost z dalszymi oświadczeniami, złożonymi wraz z ofertą Przystępującego, w tym przede wszystkim z treścią oświadczenia Przystępującego, złożonego na podstawie art. 25a ust. 1 Pzp, stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W tym miejscu pisma znajduje się oświadczenie w zakresie art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 ust. 1 i 4 Pzp.

A dalej, złożył także jednoznaczne oświadczenie w zakresie korzystania z zasobów podmiotów trzecich na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, wskazując:

„Oświadczam, że w stosunku do następującego/ych podmiotu/tów, na którego/ych zasoby powołują się w niniejszym postępowaniu, tj.: ...M. B., Wo-Mar, święte 55-300, NIP 9131531671, PHU M. G., ul. A. Głowackiego 2, 59-216 Kunice, NIP 691-19-16-770 (podać pełną nazwę/firmę, adres, a także w zależności od podmiotu: NIP/PESEL, KRS) nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania-o udzielenie zamówienia”/Dowód: załącznik nr 2 do IDW, złożony przez Przystępującego wraz z ofertą, na okoliczność powoływania się przez Przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazania zakresu, podmiotu i charakteru udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia na etapie składania ofert, a w konsekwencji - spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego i braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania/

Analogiczne oświadczenie Przystępujący złożył na potrzeby wykazania, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdzie ponownie, konsekwentnie wskazał Zamawiającemu, że korzysta z zasobów podmiotu trzeciego. /Dowód: załącznik nr 3 do IDW, złożony przez Przystępującego wraz z ofertą, na okoliczność powoływania się przez Przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, wskazania zakresu, podmiotu i charakteru udziału podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia na etapie składania ofert, a w konsekwencji - spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Przystępującego i braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania/.

Mając na uwadze treść wyżej wymienionych dokumentów nie sposób zaprzeczyć, jak stwierdził, że Przystępujący:

- 1) wraz z ofertą oświadczył, że korzysta z zasobów podmiotów trzecich;
- 2) wskazał dokładnie, w jakim zakresie polega na zasobach podmiotów trzecich - kierownik robót elektrycznych i kierownik robót sanitarnych;
- 3) wskazał charakter zaangażowania podmiotów udostępniających zasoby w realizację zamówienia - bezpośredni, podmioty działają będą jako podwykonawcy Przystępującego;
- 4) wskazał dokładne firmy podmiotów udostępniających zasoby, adresy pod którymi prowadzą działalność, a także Numery Identyfikacji Podatkowej; a zatem wszelkie dane umożliwiające identyfikację podmiotów, na zasoby których Przystępujący się powołał wraz z zakresem udostępniania zasobów.

Neguje także, twierdzenia i zarzuty stawiane przez Odwołującego bo sam Odwołujący, w kilku miejscach (m.in. na stronie 5 odwołania in fine) wskazuje, że „W przedmiotowym Postępowaniu Spółka Berger Bau Polska Sp. z o.o w treści Formularza oferty powołała się na potwierdzenie warunków udziału na zasoby podmiotów trzecich w branży sanitarnej oraz w branży elektrycznej. Odpowiednio w branży elektrycznej na zasoby M. B. Wo-Mar oraz w branży sanitarnej na zasoby

PHU M. G. .". Powyższe potwierdza wręcz, że nawet dla Odwołującego oczywiste było to, że Przystępujący powołał się w wyżej wymienionym zakresie na zasoby podmiotów trzecich. Już choćby z tego względu całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego, jakoby Przystępujący zadeklarował, że w tej części zrealizuje zamówienie samodzielnie.

Podkreślił, że Przystępujący od początku deklarował, że w zakresie warunku udziału w postępowaniu, dotyczącym dysponowania kierownikiem robót sanitarnych i robót elektrycznych powołuje się na zasoby podmiotów trzecich, a zatem już w momencie składania ofert informował, że tej części zamówienia nie będzie realizował samodzielnie. Złożone następnie przez Przystępującego dokumenty twierdzenia te tylko potwierdzają. Przystępujący ani nie zmienił swojego pierwotnego oświadczenia ani nawet nie dokonał zmiany podmiotów, na zasoby których się powoływał. Przystępujący zamierza zrealizować zamówienie zgodnie z pierwotną deklaracją. W zakresie treści oferty Przystępującego nie zaszła więc jakakolwiek zmiana, choć tezę taką próbuje (jak należy przypuszczać) kreować Odwołujący, czemu Przystępujący zaprzecza. Przystępujący w żadnym momencie nie zmienił sposobu realizacji zamówienia po terminie składania ofert, stąd też okoliczności niniejszej sprawy są dalece odmienne od tych zawartych w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie Esaprojekt. Przystępujący nie zgodził się również z tezą Odwołującego, jakoby samo fizyczne niezłożenie wraz z ofertą dokumentu - zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania zasobów bądź złożenie jego kopii miało być deklaracją samodzielną realizację zamówienia przez Przystępującego w sytuacji gdy, z innych dokumentów złożonych wraz z ofertą, w tym w szczególności z treści oświadczenia Przystępującego złożonego w trybie art. 25a ust. 1 wynika deklaracja przeciwna, w tym przede wszystkim wynika jednoznaczna informacja z zasobów jakiego podmiotu i w jakim zakresie Przystępujący zamierza korzystać przy realizacji zamówienia. Co więcej, nie powinno budzić wątpliwości, że dokument, jakim jest zobowiązanie do oddania zasobów jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Powyższe nie budzi wątpliwości w orzecznictwie KIO. Dla przykładu wyrok KIO z 21.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2336/17. Powyższe orzeczenie należy odnieść do stanu faktycznego zaistniałego w niniejszej sprawie z tym, że Przystępujący już na etapie składania ofert określał zakres, w jakim powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, co tym bardziej przemawia za możliwością uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania do oddania zasobów przez podmiot trzeci.

Brakujące załączniki nr 4 do IDW (Zobowiązanie podmiotu do udostępnienia wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia), omyłkowo niezłożone przez Przystępującego wraz z ofertą, zostały przedłożone następnego dnia po terminie składania ofert, czyli w dniu 21.01.2021 r. Wybór Przystępującego nastąpił zaś w dniu 28.01.2021 r., a zatem twierdzenia Odwołującego, że dokumenty te zostały złożone po dacie wyboru oferty Przystępującego (vide: str. 11 odwołania) są niezgodne z prawdą. W dokumentacji postępowania znajdują się więc wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty. Przystępujący wskazał również, że w orzecznictwie KIO podkreśla się możliwość samodzielnego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę. Na przykład, w wyroku KIOz 31.01.2020 r., sygn. akt: KIO 91/20. Podobnie, w wyroku KIO z 19.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1633/16.

Możliwość uzupełnienia omyłkowo niezłożonego wraz z ofertą dokumentu - zobowiązania do oddania zasobów nie powinna budzić wątpliwości choćby z uwagi na brzmienie przepisu art. 22a ust. 6 Pzp, zgodnie z którym: jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Skoro Pzp dopuszcza możliwość zastąpienia podmiotu, który udostępnia zasoby innym podmiotem, to tym bardziej dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentu dotyczącego tego podmiotu w sytuacji, gdy wykonawca od początku deklaruje, że w określonym zakresie będzie korzystał z zasobów podmiotu lub podmiotów trzecich. Z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, że całkowicie bezpodstawne należy uznać stawianie przez Odwołującego zarzutu naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i domaganie się od Zamawiającego, aby ten wykluczył Przystępującego z postępowania, choć już w samej treści zarzutu Odwołujący potwierdza jednocześnie, że Przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący nie przedstawia żadnych dowodów, nie wskazuje żadnych okoliczności, które wskazywałyby na to, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu bądź że nie spełniał ich w dniu składania ofert. Całość odwołania zdaje się być oparta na błędnym założeniu niemożności uzupełnienia dokumentu - zobowiązania do oddania zasobów. Odwołujący błędnie też rekonstruuje, a wręcz deformuje oświadczenie Przystępującego co do korzystania z zasobów podmiotów trzecich, próbując wywieść (wbrew jednoznacznej treści złożonych przez Przystępującego dokumentów), że Przystępujący zamierzał samodzielnie realizować zamówienie w „spornym” zakresie. Dodatkowo, Przystępujący zauważa, niezależnie od wcześniejszych twierdzeń, że sformułowany w ten sposób zarzut i tak nie mógłby zostać przez Izbę uwzględniony z uwagi na jego przedwczesność. Przystępujący zwraca uwagę, że jako wykonawca i tak miałby prawo wykazania, że zamówienie zrealizuje samodzielnie, czego już Odwołujący nie dostrzega.

Dalsze zarzuty Odwołującego. Nie zasługują również na uwzględnienie pozostałe zarzuty zawarte w odwołaniu. W pierwszej kolejności Przystępujący zwraca uwagę, że Odwołujący stawia zarzut naruszenia przepisu art. 22a ust. 1 pkt 2 Pzp, gdy tymczasem Pzp nie zawiera nawet takiego przepisu. Nawet jeżeli Odwołujący miał na myśli przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, to zarzut ten należy i tak uznać za wadliwie sformułowany, ponieważ przepis ten nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, dlatego Zamawiający nie mógł naruszyć tego przepisu „poprzez błędne uznanie, że Spółka Berger Bau nie podlega wykluczeniu.” Niezależnie jednak wadliwości stawianego zarzutu, również i w tym kontekście aktualne pozostają twierdzenia i argumenty zawarte w pkt 2 niniejszego pisma procesowego, do których w tym miejscu Przystępujący się odwołuje. Za pozbawiony podstaw należy również uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez rzekome prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji z Przystępującym treści jego oferty. Przystępujący stoi na stanowisku, że stawiane przez Odwołującego zarzuty wzajemnie się wykluczają, bowiem w tym samym zakresie Odwołujący stawia zarzuty zaniechania wykluczenia wykonawcy z postępowania i zaniechania odrzucenia jego oferty z uwagi na niezgodność SIWZ z prowadzeniem niedozwolonych negocjacji co do treści oferty wykonawcy. Przystępujący zwraca uwagę, że przywołanie przez Odwołującego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jest to tyle chybione, że przepis ten może mieć zastosowanie w przypadku ujawnienia niezgodności oferty (rozumianej jako świadczenie wykonawcy) z warunkami, oczekiwaniami Zamawiającego co do przyszłego zamówienia. Wskazał na wyrok KIO z 10.08.2020 r., sygn. akt: KIO 1505/20 oraz na wyrok KIO z 16.09.2020 r., sygn. akt: KIO 1930/20.

Ponownie odwołując się do argumentów i twierdzeń zawartych powyżej, konsekwentnie wykluczył możliwość uznania, aby Zamawiający prowadził z Przystępującym jakiejkolwiek negocjacje co treści jego oferty. Oferta Przystępującego nic uległa od początku zmianie. Jak już to zostało wcześniej wskazane Przystępujący od początku deklarował, że w określonym zakresie będzie korzystał z zasobów podmiotu lub podmiotów trzecich i w tym obszarze nie

zaszły jakiegokolwiek zmiany. Nie zmienił się ani zakres ani podmioty, z zasobów których Przystępujący zamierza korzystać. Kwestia ta była zresztą dla Zamawiającego od początku oczywista, a oferta Przystępującego nie wymagała żadnych wyjaśnień. Przystępujący zwraca również uwagę, na błędną konstrukcję stawianego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Wskazując wyrok KIO z 08.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1790/17. Pomimo niekwestionowanego znaczenia dla całego systemu zamówień publicznych zasad udzielania zamówień publicznych, ze względu na ich ogólny charakter nie mogą one stanowić samodzielnej podstawy zarzutów kierowanych względem zamawiającego. Tymczasem Odwołujący formułuje wyłącznie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp. Przypomnieć przy tym należy, że Izba jest związana zarzutami podniesionymi w odwołaniu, co wynika wprost z przepisu art. 555 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (nowe Pzp). Podobnie należy też ocenić stawiany przez Odwołującego zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 3 Pzp. Dodatkowo, zarzut też należy uznać za bezpodstawny, bowiem Przystępujący wykazał, że wybór jego oferty nastąpił zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

W dniu 19.02.2021 r. (e-mailem) Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wnosił o oddalenie w całości odwołanie.

W dniu 19.02.2021 r. (e-mailem) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddał w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującym. Stwierdził podobnie, jak Przystępujący, że Wykonawca Berger Bau Polska Sp z o.o. złożyła w wyznaczonym terminie ofertę, w której wskazano, że zamówienie zostanie zrealizowane przy udziale podwykonawców, którzy w zakresie branży elektrycznej oraz branży sanitarnej zostali wskazani z nazw. W formularzu ofertowym w pkt 13 jako podwykonawcę: branży elektrycznej wytypowano firmę M. B. Wo - Mar wraz z procentowym określeniem części zamówienia - 7% oraz branży sanitarnej wymieniono PHU M. G. również wraz z zakresem części zamówienia - 53%. 5% części zamówienia została określona w zakresie podwykonawstwa, ale już bez wskazania konkretnych nazw przedsiębiorstw, którym wykonawca zamierza powierzyć podwykonawstwo.

Jednocześnie w oświadczeniu wykonawcy dotyczącego przestanków wykluczenia z postępowania składane na podstawie art. 25a ust. 1 Pzp (Załącznik 2 IDW) Wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. wskazała, że zarówno spółka jako Wykonawca, jak i podmioty, na którego zasoby się powołuje Wykonawca (tutaj wymieniono: M. B. wo - Mar, Świecie 55-300, NIP 9131531671 oraz PHU M. G., ul. A. Głowackiego 259-216 Kunice, NIP 691-19-16-770) nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1. pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 i 4 Pzp.

W ocenie Zamawiającego na podstawie całokształtu tych okoliczności należało uznać, że już na podstawie składania oświadczeń z ofertą Wykonawca, po pierwsze, wykazał wstępne potwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz po drugie, że w celu wykazania spełniania warunków polegających na zasobach innego podmiotu, a po trzecie Wykonawca wskazał szczegółowo nazwy firm wraz z adresem i Numerem Identyfikacji Podatkowej oraz określił, w jakim zakresie polega na zasobach podmiotu trzeciego.

*„Złożone później dokumenty tj. zobowiązanie podmiotu trzeciego, potwierdzały, niezależnie od daty zobowiązania, te okoliczności...nie są w żaden sposób sprzeczne z deklaracją zawartą w ofercie, przeciwnie - uzupełniają ją, tworząc logiczną całość”* (wyrok KIO z 28.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1927/17).

Zdaniem Zamawiającego w ten sposób Wykonawca uczynił zadość wymogom z art. 22 ust. 1 Pzp zgodnie z którym, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania.

Odwołujący zdaje się nie dostrzegać różnicy pomiędzy uzupełnieniem dokumentu, a zmianą treści oferty (vide: str. 3 odwołania) i błędnie utożsamia brak dołączonego do oferty zobowiązania podmiotu trzeciego z osobistym wykonawstwem (vide: str. 9 odwołania „Berger Bau Polska Sp. z o.o. w zasadzie oświadczyła, że nie będzie korzystała z potencjału innego podmiotu.”

Dodatkowo Zamawiający zwraca uwagę, że w innej części odwołania Odwołujący jednak sam potwierdził, że „w przedmiotowym Postępowaniu Spółka Berger Bau Polska Spz o.o. w treści Formularza oferty powołała się na potwierdzenie spełnienia warunków udziału na zasoby podmiotów trzecich w branży sanitarnej oraz w branży elektrycznej. Odpowiednio w branży elektrycznej na zasoby M. B. Wo-Mar oraz w branży sanitarnej na zasoby PHI) M. G.. Tym twierdzeniem sam Odwołujący wręcz potwierdza udział i zakres ww. podmiotu trzeciego.

Dokonując oceny tych zarzutów, jak i czynności Zamawiającego, do których te zarzuty się odnoszą, niewątpliwie należy uwzględnić stanowisko Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej także jako „Trybunał”) wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C - 387/14 (tzw. wyrok Esaprojekt). W sprawie, w której wyrokował Trybunał, wykonawca w zakresie wykazywania warunku doświadczenia pierwotnie powoływał się na zasoby własne, a dopiero po przeprowadzeniu przez zamawiającego procedury wyjaśniającej i uzupełniania dokumentów przedstawił nowy wykaz dostaw, w którym powołał się na zasoby podmiotu trzeciego. Biorąc pod uwagę powyższe, należy uznać, że w rozpatrywanej sprawie nie znajduje zastosowania zakaz sformułowany przez Trybunał.

Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający akcentuje, że wybrany Wykonawca w treści oferty wraz z załącznikami nr 2 oraz nr 3 IDW wskazał na powoływanie się na zasoby podmiotów trzecich. Wykonawca Berger Bau Polska Sp. z o.o. ani nie zmieniła swojego pierwotnego oświadczenia ani nawet nie dokonała zmiany podmiotów, na zasoby których się powoływała. Jedynie brakujące załączniki nr 4 IDW - Zobowiązanie podmiotu do udostępnienia Wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia wymagały uzupełnienia.

W dniu 21.01.2021 r. (tj. dzień po terminie składania ofert) Wykonawca przedłożył dokumenty w postaci zobowiązania podmiotów trzecich. I co niezwykle istotne w ocenie Zamawiającego wbrew twierdzeniom Odwołującego, powyższe określenie nastąpiło przed dokonaniem przez zamawiającego oceny dokumentów i oświadczeń złożonych przez wykonawcę na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Nie doszło zatem do dokonania niedozwolonej zmiany w zakresie powoływania się na zasoby podmiotów trzecich czy próbie insynuować Odwołujący, a jedynie do uzupełnienia przez Wykonawcę oświadczenia zawartego w tym zakresie w ofercie. Ponadto wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w dniu 28.01.2021 r., a zatem twierdzenia Odwołującego, że dokumenty te zostały złożone po dacie wyboru oferty Przystępującego są niezgodne z prawdą. W dniu wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający posiadał wszystkie wymagane zgodnie z SIWZ dokumenty. W związku z powyższym na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp oferta złożona przed Berger Bau Polska Sp. z o.o. została wybrana przez Zamawiającego.

Zamawiający zwraca uwagę, że w obowiązującym stanie prawnym istnieją podstawy do uznania, że zobowiązanie podmiotu trzeciego może być złożone z datą późniejszą niż oferta po warunkiem, że zawiera klauzulę, że było aktualne również na dzień złożenia oferty. Zgodnie z aktualnym orzecnictwem KIO przepisy Pzp pozwalają nie tylko podmiotowi trzeciemu, ale również wykonawcom na wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia z postępowania na datę późniejszą niż dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Analizując problematykę dopuszczalności uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, należy zwrócić uwagę

na zapisy w prawie wspólnotowym i stwierdzić, że art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE daje instytucji zamawiającej prawo do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego jako dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Także KIO wywiodła podobną tezę w wyroku z 09.06.2010 r., sygn. akt: KIO/UPZ 1026/10. Podany moment złożenia zobowiązania został potwierdzony również przez KIO, w wyroku z 21.11.2017 r., sygn. akt KIO 2336/17. KIO wskazała także, że brak złożenia zobowiązania do udostępnienia potencjału powoduje obowiązek automatycznego wezwania o nie wykonawcy od razu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

Podkreślił, że Zamawiający miał świadomość, że co do zasady 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.

Z art. 26 ust. 3 wynika, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń z art. 25 ust. 1 Pzp lub pełnomocnictw stanowi czynność zarezerwowaną dla zamawiającego, ale jednocześnie brak w Pzp zakazu uzupełniania dokumentów przez wykonawców. Samodzielne więc uzupełnienie nie oznacza, że zamawiający powinien zwrócić wykonawcy uzupełnione dokumenty i nie dokonywać ich oceny. Wykonawca podejmując decyzję o samodzielnym uzupełnieniu faktycznie podejmuje pewne ryzyko. Nie ma bowiem on pewności, że uzupełniony dokument potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Tymczasem w wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wskazuje na wady dokumentu lub jakiego dokumentu brakuje w ofercie. Przedłożenie samodzielne następuje bez wskazanej wiedzy, a oparte jest wyłącznie na domysłach ze strony wykonawcy (wyrok KIO z 15.06.2011 r., syn. akt: KIO 1169/11).

KIO w swoim orzecznictwie wskazuje nie tylko na uprawnienie do uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę bez uprzedniego wezwania, ale również zwalniające Zamawiającego z wykonania obowiązku na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie uzupełnionych już dokumentów. Wskazał na wyrok KIO o sygn. akt: KIO/UPZ 1551/10, KIO 1169/11. Innym przykładem w zakresie uzupełniania dokumentów, jest stanowisko KIO wskazujące, że „w sytuacji, gdyby okazało się, że uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu, pomimo uchybienia proceduralnego (z uwagi na brak wezwania ze strony zamawiającego do ich uzupełnienia), powinny być uwzględnione, jako mające znaczenie dla wyniku postępowania. W takiej sytuacji, nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, już przedłożonych w postępowaniu przetargowym, byłoby działaniem sztucznym, obciążonym nadmiernym formalizmem, nie prowadzącym do zmiany tej oceny.” (syn. akt: KIO 2723/10, KIO 1654/11). Zamawiający zobligowany z mocy art. 26 ust. 3 do wezwania, wystosowałby je tylko po to, aby po raz drugi otrzymać te same dokumenty.

Jeśli wykonawca, niewzywany na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, złoży dokument, który jego zdaniem powinien w ofercie się znaleźć, to zamawiający nie powinien udawać, że dokumentu takiego nie posiada. W przeciwnym wypadku hipotetycznie mogłoby dojść do sytuacji, w której wykonawca jest wzywany do złożenia dokumentu, który już złożył, a następnie wykluczany, jeśli tego nie robi. Z kolei, gdy mimo takiego „samouzupełnienia” nadal występowałyby braki, zasadne zdaniem Zamawiającego byłoby korzystanie art. 26 ust. 3 Pzp - wszak wcześniej wykonawca nie wiedział, do wezwania czego i z jakiego powodu zostanie wezwany. Oczywiście, takie postępowanie ma swoje granice. Zamawiający nie powinien przyjąć dokumentu, w zakresie którego nie byłby uprawniony do wezwania do jego uzupełnienia, ale też dokumentu na potwierdzenie spełniania warunków, który już był uzupełniany w zakresie jakiegoś poprawianego braku lub którego wykonawca nie złożył w wymaganym w wezwaniu terminie). Powyższe działanie za prawidłowe uznała również KIO w wyroku z 19.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1633/16. W tym kontekście zrozumiałe jest również dla Odwołującego, który nie formułuje w tym zakresie zarzutów.

Podkreślił, że uzupełnienie dokumentu potwierdzającego udostępnienie zasobów w terminie późniejszym niż termin składania ofert nie jest podstawą do uznania, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym za chybiony należy uznać zarzut Odwołującego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i domaganie się od Zamawiającego, aby ten wykluczył Berger Bau Polska Sp. z o.o. z postępowania o zamówienie publiczne.

Z punktu widzenia dalszych zarzutów wskazać należy, że Odwołujący wymienia art. 22a ust. 1 pkt 2 Pzp, który nawet nie figuruje w Pzp. Nie sposób zatem nie zwrócić uwagi, że to Odwołujący, który w odwołaniu powołuje się wzorcowe należytej staranności, sam nie dochował w tym zakresie skrupulatności i rzetelności. Hipotetycznie jeśli Odwołujący miał na myśli przepis art. 22 ust. 1 pkt 2 Pzp, to zarzut ten należy i tak uznać za wadliwie sformułowany, ponieważ przepis ten nie stanowi podstawy do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, dlatego Zamawiający nie mógł naruszyć tego przepisu „poprzez błędne uznanie, że Spółka Berger Bau nie podlega wykluczeniu.” Mimo jednak wadliwie ujętych przez Odwołującego zarzutów Zamawiający w analizowanym stanie faktycznym uznał, że skoro Wykonawca spółka Berger Bau Polska Sp. z o.o. spełnia warunki udziału w postępowaniu (co Zamawiający udowodnił w powyższej części) to brak jest podstaw do stwierdzenia zasadności wykluczenia wykonawcy (na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp).

Za pozbawiony podstaw należy również uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez rzekome prowadzenie przez Zamawiającego negocjacji treści oferty z Wykonawcą Spółką Berger Bau Sp. z o.o. Co należy podkreślić Zamawiający nie dostrzegł żadnego śladu nieuprawnionych negocjacji czy nierównych szans wykonawców (wszak „samouzupełnienie” następuje zanim zamawiający sprecyzuje informację o brakach w ofercie, a zatem wykonawca tylko - mniej lub bardziej, zależnie od sytuacji - domyśla się, czego w jego ofercie może brakować, jest strzelaniem „w ślepo”). Wcześniejsze złożenie dokumentu może natomiast usprawnić postępowanie, mamy więc korzyść, a nie mamy braków.

Wobec powyższego w ocenie Zamawiającego nie można w przedmiotowej sprawie mówić również o naruszeniu art. 7 ust. 1 Pzp. Taka sytuacja ma bowiem miejsce wówczas, gdy dochodzi do różnicowania przez podmiot Zamawiający działań wobec wykonawców znajdujących się w identycznej sytuacji prawnej lub faktycznej. W odniesieniu do zarzutu odwołującego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp również podkreślił, że przepis ten nie może samodzielnie stanowić samodzielnego zarzutu, co Odwołujący próbuje czynić w odwołaniu. KIO w wyroku z 08.09.2017 r., sygn. akt: KIO 1790/17 zwróciła uwagę na fakt powyższy przepis „winien być on dopełniony treścią innego - szczególnego przepisu z jednoczesnym wykazaniem różnicowania sytuacji poszczególnych wykonawców znajdujących się w tożsamej sytuacji podmiotowej.” Za bezpodstawny należy także uznać zarzut o naruszeniu art. 7 ust. 3 Pzp. Zamawiający w pierwszej części pisma procesowego dotyczącej spełnienia warunków udziału w postępowaniu udowodnił, że w przypadku oferty Wykonawcy spółki Berger Bau Polska Sp. z o.o. nie doszło do żadnej zmiany treści oferty. W analizowanym stanie faktycznym Zamawiający wykazał, że wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił zgodnie zapisami SIWZ oraz na podstawie obowiązujących przepisów prawa.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępujących złożonych ustnie do protokołu w toku**

rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W związku z brzmieniem art. 90 ust. 1 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań o udzielenie zamówienia, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych przed dniem 01.01.2021 r. stosuje się przepisy dotychczasowe. Uwzględniając okoliczność, iż postępowanie wszczęte zostało 11.05.2020 r., ilekroć w treści uzasadnienia mowa o przepisach materialnych ustawy Pzp należy przez to rozumieć ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwana dalej: „Pzp”)

Jednocześnie, z uwagi na treść art. 92 ust. 2 Przepisów wprowadzających ustawę - Prawo zamówień Publicznych z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r., poz. 2020), zgodnie z którym do postępowań odwoławczych oraz postępowań toczących się wskutek wniesienia skargi do sądu, o których mowa w ustawie uchylanej w art. 89, wszczętych po dniu 31.12.2020 r., dotyczących postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem 01.01.2021 r., stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 1, odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych. (zwana dalej: „NPzp”)

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie do dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ (będącej częścią I Instrukcji dla Wykonawców zwanej dalej: „IDW”, oferty Przystępującego (formularza ofertowego), załącznika nr 2 do IDW (oświadczenia Wykonawcy dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania składane na podstawie art. 25 a ust. 1 Pzp – dotyczy art. 24 ust. 1 pkt 12-23 oraz art. 24 ust. 5 pkt 1 i 4 Pzp – tak dla Wykonawcy, czyli Przystępującego, jak i podmiotu, na którego zasoby powołuje się Wykonawca), załącznika nr 3 do IDW (Oświadczenia w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w Dziale XII SIWZ w związku z informacją o poleganiu na zasobach innych podmiotów), zobowiązania podmiotu trzeciego (M. B. Wo- Mar) /załącznik nr 4 do IDW/, zobowiązania podmiotu trzeciego (PHU M. G. – wpływ po terminie składnia ofert, tj. 21.01.2021 r.), wezwania w trybie art. 26 ust. 2 Pzp z 22.01. 2021 r., odpowiedzi ze strony Przystępującego, tj. uzupełnienia z 27.01.2021 r. oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 28.01.2021 r.

Tak Zamawiający, jak i Przystępujący powoływali się w swoich pismach na formularz ofertowy (wypełniony załącznik nr 1 do IDW) oraz załącznik nr 2 i 3 do IDW, które Izba zaliczyła w poczet materiały dowodowego powyżej. Podobnie kopia zobowiązania podmiotu trzeciego - PHU M. G. – wpływ po terminie składnia ofert, tj. 21.01.2021 r., załączone do odwołania przez Odwołującego, Izba zaliczyła w poczet materiały dowodowego powyżej.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowisko wynikające z orzeczeń przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu oraz na rozprawie oraz z orzeczeń przywołanych przez Zamawiającego oraz Przystępującego w pismach złożonych w sprawie, a także generalnie stanowisko wynikające ze złożonych na posiedzeniu pism procesowych w sprawie, tj. odpowiedź na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego, stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 22a ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez błędne uznanie, że Berger Bau Sp. z o.o. nie podlega wykluczeniu, podczas gdy nie spełniała warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, posiadanego doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia (art. 22 ust. 1 b pkt 1 i 3 Pzp)
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez jego niezastosowanie i niezgodne z przepisami Pzp, postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ działanie Zamawiającego polegające na uznaniu, że Berger Bau Sp. z o.o. potwierdziła spełnienie warunków udziału w postępowaniu w dacie złożenia oferty na zasadach opisanych w art. 22a ust. 2 Pzp i SIWZ, w szczególności w zakresie dysponowania zdolnościami technicznymi i zawodowymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału i dokonaniu wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej w sytuacji, gdy dokumenty umożliwiające ocenę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w rozumieniu art. 22a ust. 1 Pzp wykonawca ten złożył dopiero w dniu 21.01.2021 r., a zatem po dniu terminu do składania ofert
3. z daleko idącej ostrożności prawnej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów w pkt 1-2 podnoszę zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu 87 ust. 1 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez negocjowanie treści oferty przez Zamawiającego z Wykonawcą Berger Bau Polska Sp. z o.o. po dniu złożenia ofert, pomimo, że jej treść nie odpowiadała wymogom treści SIWZ, nie zachodziły przesłanki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co w konsekwencji doprowadziło do dokonania jej zmiany, po dacie złożenia oferty, tj. po dniu 20.01.2021 r. w konsekwencji naruszeń wskazanych w pkt 1-3 naruszenie;
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, a to przez udzielenie zamówienia Wykonawcy, który nie wykazał spełnia warunków udziału w postępowaniu w dniu złożenia oferty
5. art. 7 ust. 3 poprzez udzielanie zamówienia Wykonawcy, który został wybrany niezgodnie z przepisami Pzp, tj. nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który negocjując treść oferty z Zamawiającym zmienił ją poprzez uzupełnienie dokumentów dotyczące spełnienia warunków udziału, bez uprzedniego wezwania Zamawiającego, co stanowi przejaw naruszenia zasady przejrzystości oraz równego traktowania przez Zamawiającego wszystkich wykonawców oraz po wyborze jego oferty.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma procesowego Przystępującego po stronie Zamawiającego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego. Izba także podkreśla, że nie było także sporu co do postanowień SIWZ oraz wynikających z nich wymogów przywołanych w pismach Zamawiającego oraz Przystępującego. Nikt nie negował, że postanowienia SIWZ nakazywały załączenie do oferty w wypadku korzystania zasobów podmiotów trzecich nie tylko oświadczeń o korzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego (tzw. zwykłego oświadczenia – biuletynowego odpowiednika JEDz-a), ale także stosownych zobowiązań

podmiotów trzecich w tym zakresie. Nie było też sporne, że należało w formularzu ofertowym w pkt 13, wskazać stosownych podwykonawców i zakresy w jakich będą oni uczestniczyli w realizacji zamówienia. Nikt też nie negował, że Przystępujący wskazał, że będzie korzystał z zasobów dwóch podmiotów, że będą te podmioty podwykonawcami oraz tego, że do oferty załączono jedynie zobowiązanie jednego z nich, a zobowiązanie drugiego zostało przekazane Zmawiającemu po terminie składnia oferty. W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie do zarzutu pierwszego i drugiego, Izba z uwagi na ich charakter odniesie się do nich łącznie, uznając w/w zarzuty za niezasadne, oddalając niniejsze.

W pierwszej kolejności, Izba wskazuje, że Odwołujący wnosząc odwołanie przedstawiając stan faktyczny sprawy winien wziąć pod uwagę całokształt okoliczności, w przeciwnym razie musi liczyć się z niekorzystnym dla siebie orzeczeniem. W przedmiotowej sprawie przedstawione w odwołaniu oraz na rozprawie okoliczności zostały nakreślone przez Odwołującego w sposób wysoce wybiórczy z pominięciem lub nawet niezrozumieniem istotnych dla sprawy okoliczności.

Po pierwsze Przystępujący, określił w formularzu ofertowym w pkt 13 (załącznika nr 1 do IDW), że zamówienie zostanie zrealizowane przy udziale podwykonawców w branży elektrycznej oraz sanitarnej, w branży elektrycznej wytypowano firmę: M. B. Wo-Mar wraz z procentowym określeniem części zamówienia oraz w branży sanitarnej PHU M. G. także z zakresem procentowym części zamówienia.

Po drugie Przystępujący w ramach złożonego i wypełnionego wraz z ofertą załącznika nr 2 do IDW wskazał, że zarówno Przystępujący, jako Wykonawcy, jak i podmioty na którego zasoby powołuje się Wykonawca (tutaj wymienione dane M. B. Wo-Mar oraz PHU M. G.) nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 -1 3 oraz art. 24 ust.5 pkt 1 i 4 Pzp, czyli złożył oświadczenie na podstawie art. 25 a ust. 1 stanowiącego wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Po trzecie, Przystępujący złożył oświadczenie, że będzie korzystał z potencjału innego podmiotu/podmiotów w celu wskazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w dziale XII SIWZ, gdzie precyzyjnie wymienił nazwy tych podmiotów oraz określił odpowiedni zakres dla nich.

W konsekwencji wskazał w ramach tych dokumentów stanowiących ofertę, że a) będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich; b) wskazał w jakim zakresie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich – kierownika robót elektrycznych i kierownika robót sanitarnych; c) wskazał na charakter zaangażowania – bezpośredni – jako podwykonawcy (nie samodzielnie); d) podał dane tych firm podmiotów udostępniających zasoby, także NIP (wszystkie dane umożliwiające identyfikację). Inaczej mówiąc Przystępujący ani nie zmienił pierwotnego oświadczenia, ani nie dokonał zmiany podmiotów na których zasobach od początku bazowała. Jest to o tyle istotne, gdyż nie można mając takie informacje twierdzić, jak czyni to Odwołujący, że nie złożenie jednego z dwóch zobowiązań oznacza, że miało miejsce zadeklarowanie samodzielnej realizacji zamówienia. Jest to o tyle także istotne, że w sprawie opisanej w wyroku KIO z 28.02.2020 r., sygn. akt: KIO 306/20, na którym w sposób obszerny oparł się Odwołujący w odwołaniu i przywołał na rozprawie nie było żadnego z tych danych, tak co do podwykonawstwa, jak i oświadczenia co do korzystania z zasobów podmiotów trzecich (puste oświadczenie – podpisane), czynienie więc paraleli do tej sprawy jest nieuprawnione.

Jednocześnie, Izba podkreśla, że twierdzenie, iż brak taki winien skutkować od razu wykluczeniem i odrzuceniem oferty jest na tym etapie niezgodny ze stanem rzeczywistym.

Po pierwsze dlatego, że przywołana w odwołaniu oraz na rozprawie opinia UZP /Czy zobowiązanie podmiotu trzeciego powinno zostać załączone do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też powinno zostać złożone w trybie procedury wynikającej z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp? [www.uzp.gov.pl]/ nie odnosi się do instytucji art. 26 ust. 3 Pzp, ani orzeczenia Esaprojekt dnia 04.05.2017 r. w sprawie o sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), po drugie przedstawia pewien stan rzeczy w sposób ogólny bez odniesienia się do bogactwa stanów faktycznych, z którymi Izba ma na co dzień do czynienia. Jak bowiem pokazuje wyrok Izby z 21.11. 2017 r., sygn. akt: KIO 2336/17 jeżeli w ofercie w JEDZ-u (albo w oświadczeniu zwykłym –w postępowaniach biuletynowych) zadeklarowano określone korzystanie z zasobów trzecich, to brak w postaci zobowiązania podmiotu trzeciego jest uzupełnialny i to automatycznie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, a nie skutkuje wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. i odrzuceniem oferty. Takie stanowisko nie jest w orzecznictwie odosobnione (m.in. wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1380/17, wyrok KIO z 16.01.2017 r., sygn. akt: KIO 1581/17; wyrok KIO z 28.06.2017 r., sygn. akt: KIO 1163/17; wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1755/17, wyrok KIO z 31.08.2017 r., sygn. akt: KIO 1661/17, wyrok KIO o sygn. akt: KIO 1682/17, czy też wyrok KIO z 21.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2336/17 oraz wyrok KIO 10.11.2017 r., sygn. akt: KIO 2196/17), przy czym każdorazowo konieczna jest analiza krytyczna, a nie mechaniczna danych stanów faktycznych.

Względem pierwszego zarzutu, Izba podzieliła stanowisko Przystępującego oraz Zamawiającego, i abstrahując od poprawności wskazania, czy też braku wskazania właściwej podstawy prawnej, nie może ten przepis sam w sobie stanowić podstawę wykluczenia.

Odnosząc się do kwestii art. 26 ust. 3 Pzp, to nie było takiego zarzutu w odwołaniu, a Izba (tak też w wyroku z 28.02.2020 r., sygn. akt: KIO 306/20) jest związana zakresem zarzutów zawartych w odwołaniu (art. 555 NPzp). Należy jedynie wskazać, że Izba wydaje wyrok biorąc za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego (art. 552 ust.1 NPzp). Skoro brakujące zobowiązanie zostało samouzupełnione, a instytucja smouzupełnienia jest dopuszczalna m.in. w wyroku KIO z 01.06.2020 r., sygn. akt: KIO 529/20, gdzie stwierdza się, że gdy wykonawca mimo braku wezwania samodzielnie uzupełni dokument w takim zakresie, jaki rzeczywście jest potrzebny, czyli po prawidłowym samouzupełnieniu, Zamawiający może zostać zwolniony z obowiązku wezwania do uzupełnienia, to w posiadaniu Zamawiającego znajdują się wszystkie wymagane postanowieniami SIWZ oświadczenia i dokumenty, tak oświadczenie, jak i oba zobowiązania. W rezultacie przy wyrokowaniu Izba wzięła pod uwagę zaistniały stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego oddalając zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, jak i zarzut naruszenia przepisu wskazanego przez Odwołującego w pierwszym zarzucie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu trzeciego, Izba uznała w/w zarzut za niezasadny, oddając niniejszy.

Po pierwsze, postanowienia SIWZ są bezsporne i nie są one przez nikogo kwestionowane, przy czym Odwołujący wyciąga z nich odmienne wnioski abstrahując od instytucji art. 26 ust. 3 Pzp oraz wyroku Esaprojekt, zatrzymując swój wywód na pewnym wybiórczym etapie. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO w odniesieniu do przywoływanego powyżej wyroku Trybunału sprawiedliwości UE w wyroku w sprawie dnia 04.05.2017 r., sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) Esaprojekt: „Trybunał przesądził zatem, że w sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę dla potwierdzenia spełnienia konkretnego warunku udziału opiera się jedynie na własnych zdolnościach, a okaże się, że przedłożone przez niego oświadczenia dokumenty i nie potwierdzają spełnienia tego warunku, nie może w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego przedstawić dokumentów podmiotów trzecich i dopiero na tym etapie powołać się na ich zdolności w celu wykazania spełnienia warunku. (...) dyrektywa 2014/24/UE nadal nie przewiduje możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału przez wykonawcę, który w momencie składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach. W tym właśnie zakresie zastosowanie znajdzie zakaz sformułowany przez Trybunał w omawianym wyroku w sprawie Esaprojekt.” (wyrok KIO z 16.08.2017 r., sygn. akt KIO 1581/17). Izba uznała, iż w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, do których odnoszą się zarzuty postawione przez Odwołującego, nie doszło do naruszenia zakazu sformułowanego przez Trybunał w wyroku w sprawie Esaprojekt.

Co więcej do tzw. „starych postępowań” mają zastosowanie tzw. „stare” przepisy materialne Pzp, z których wynika, że wraz z ofertą przedkłada się jedynie JEDZ lubw postępowaniach biuletynowych oświadczenie zwykłe. Zastosowana, zaś wykładnia celowościowa w przytaczanej opinii UZP w swej wymowie nie powinna być odczytywana w oderwaniu od instytucji art. 26 ust. 3 Pzp i wyroku Esaprojekt z 04.05.2017 r., sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu), jak i bogactwa stanów faktycznych, z którymi mierzy się na co dzień orzecznictwo Izby.

Po drugie, Odwołujący dostrzega negocjację pomiędzy Zamawiającym, a Przystępującym, abstrahując od instytucji art. 26 ust. 3 Pzp, czy też samuzupełnienia, które miało miejsce zanim Zamawiający sprecyzował informacje o braku w ofercie, tzn. co istotne zanim Zamawiający dokonał oceny dokumentów i oświadczeń złożonych przez Wykonawcę na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Co więcej nie miała miejsce żadna zmiana treści oferty, lecz jedynie doszło do uzupełnienia przez Przystępującego oświadczenia zawartego już uprzednio w tym zakresie w ofercie, tym bardziej skoro Przystępujący od początku deklarował, że w określonym zakresie będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec oddalenia wcześniejszych zarzutów, oddaleniu podlegają także zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 3 Pzp. Izba jedynie potwierdza, że co do zasady art. 7 ust. 1 Pzp nie może stanowić samodzielnego zarzutu i winien być dopełniony treścią innego.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) w oparciu o § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego powyżej obciążając kosztami Odwołującego.

**Przewodniczący:**

.....