

Sygn. akt: KIO 442/21

WYROK
z dnia 4 marca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **GRANIT D. P. sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 47, 58-150 Strzegom oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Pracownia Projektowa K. mgr inż. K. K.”, ul. Klonowa 2, 63-200 Jarocin**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Jarocin, Al. Niepodległości 10, 63-200 Jarocin**,
orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: **GRANIT D. P. sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 47, 58-150 Strzegom oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Pracownia Projektowa K. mgr inż. K. K.”, ul. Klonowa 2, 63-200 Jarocin**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: **GRANIT D. P. sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 47, 58-150 Strzegom oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Pracownia Projektowa K. mgr inż. K. K.”, ul. Klonowa 2, 63-200 Jarocin**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od odwołującego: **GRANIT D. P. sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 47, 58-150 Strzegom oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Pracownia Projektowa K. mgr inż. K. K.”, ul. Klonowa 2, 63-200 Jarocin**, na rzecz zamawiającego: **Gmina Jarocin, Al. Niepodległości 10, 63-200 Jarocin** kwotę **3 654 zł 90 gr** (trzy tysiące sześćset pięćdziesiąt cztery złote dziewięćdziesiąt zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze 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 442/21

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Jarocin, Al. Niepodległości 10, 63-200 Jarocin, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie terenu zieleni parku przy ul. Szubianki w Jarocinie oraz pasa zieleni wzdłuż ul. Wrocławskiej w Jarocinie - sektor IV” w ramach zadania „Rozwój systemu zieleni w Jarocinie obejmujący parki, skwery i zielen przyuliczną”, numer referencyjny: WR- RGK.271.39.2020 Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 30.12.2020 r. nr 775846-N-2020.

Pismem z dnia 05.02.2021 r. zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: GRANIT D. P. sp. z o.o., Al. Wojska Polskiego 47, 58-150 Strzegom oraz K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „Pracownia Projektowa K. mgr inż. K. K.”, ul. Klonowa 2, 63-200 Jarocin (dalej: „odwołujący”) na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” oraz o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

W dniu 10.02.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ewentualnie - z ostrożności procesowej - art. 26 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia zakresu zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby do realizacji zamówienia;

2) art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp w zakresie unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu i pozostaje zgodna z siwz, a co za tym idzie - jest jedyną ofertą przedstawiającą cenę w granicach kwoty przeznaczonej przez zamawiającego na realizację przedmiotowego zamówienia,

a w konsekwencji:

3) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, a także poprzez brak rzetelnej oceny oferty odwołującego.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„2. Zamawiający w pkt 7.2.3 SIWZ wskazał, że: (...)

Wykonawca musi posiadać doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

▪1 roboty za minimum 1.500.000,00 zł brutto w systemie zaprojektuj - wbuduj (na terenie parków lub innych terenów zieleni),

▪1 roboty za minimum 1.000.000,00 zł brutto w zakresie zieleni,

▪1 roboty za minimum 1.000.000,00 zł brutto w zakresie drogowym.

W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), powyższy warunek może być spełniony przez Wykonawców łącznie.

3. W odniesieniu do wykazania spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący przedłożył nowe zamówienie referencyjne pochodzące od podmiotu trzeciego, tj. BAKO SPORT. Sp.j. B. G., K. R. (...), na zasoby którego to podmiotu powołał się Odwołujący. (...)

4. Zamawiający uznał przedłożone przez Odwołującego nowe, poniżej wskazane, zamówienie referencyjne pochodzące od Bako Sport za prawidłowe, tym samym uznając, że Odwołujący posiada wystarczające doświadczenie do realizacji zamówienia objętego Postępowaniem. (...)

5. Niemniej jednak w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, Zamawiający wskazał: „Pomimo przedstawionych dokumentów, z których wynika, że podmiot trzeci posiada doświadczenie w realizacji roboty, polegającej na rewitalizacji Parku Podlesie w formie zaprojektuj i wybuduj, nadal nie doszło do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, z uwagi na zadeklarowanie, iż podmiot trzeci jedynie zaprojektuje roboty budowlane, natomiast nie będzie uczestniczył w ich realizacji. Obecny stan prawny zawiera wymóg realizacji przez podmiot udostępniający zasoby roboty budowlanej, do realizacji której jego zasoby są wymagane”. (...) Zdaniem Zamawiającego - „W konsekwencji podmiot trzeci powołany celem spełnienia całego (kompletnego i niepodzielonego) warunku udziału w zakres którego wchodziło zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót - powinien zobowiązać się do wykonania całości robót wchodzących w ten zakres”. (...)

7. W pierwszej kolejności uszło uwadze Zamawiającego, że w treści zobowiązania Bako Sport wskazano zarówno jego zaangażowanie w zakres projektowania, ale i także wykonawstwa (robót budowlanych). W treści rzeczowego zobowiązania wskazano wprost w odniesieniu do zakresu i sposobu wykorzystania zasobów: „Uczestnictwo w opracowaniu projektu”, podkreślając także w końcowej treści zobowiązania: „Oświadczam, że w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, ww. podmiot/-y na zasobach których polegają, zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane”, podpisanego przez Bako Sport. Nie sposób zatem uznać, że podmiot udostępniający zasoby nie będzie brał udziału w realizacji robót budowlanych, jak twierdzi Zamawiający.

(...) Zamawiający błędnie przy tym twierdził w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, że wyczerpał możliwość wezwania do uzupełnienia oferty (tutaj rzeczowego jak się zdaje zobowiązania). W ocenie Odwołującego, gdyby Zamawiający miał ewentualnie wątpliwości, co do zakresu realizacji zamówienia przez podmiot trzeci, wobec np. jak wskazano różnego umiejscowienia w treści zobowiązania zakresu zaangażowania podmiotu trzeciego, to miał możliwość skierowania do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia treści tego zobowiązania, aby się upewnić, jaki zakres zaangażowania Bako Sport będzie miał miejsce. Zarzutem Odwołującego jest zatem nie zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentu, ale zaniechanie (ewentualne) wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie złożonego zobowiązania. (...)

10. W odniesieniu do powyższego, czyli oczekiwania przez Zamawiającego, że podmiot udostępniający zasoby, będzie w pełnym zakresie realizował zamówienie, w sytuacji kiedy swoimi zasobami „w pełni odnosi się do przedmiotu zamówienia” to Odwołujący wskazuje, że ten kierunek interpretacji przepisu art. 22a ust. 4 ustawy Pzp jest błędny. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego wskazał, że oczekuje, aby Bako Sport „...powinien zobowiązać się do wykonania całości robót wchodzących w ten zakres”. Takie rozumowanie jest bardzo wątpliwe. Gdyby tak było, jak oczekuje tego Zamawiający, to można postawić pytanie, jaki zakres zaangażowania po stronie samego wykonawcy (tutaj Odwołującego) ma mieć miejsce. (...) W treści przepisu ustawodawca posłużył się spójnikiem „lub”, co oznacza, że kluczowe jest zaangażowanie w realizację części zamówienia, w myśl ustaleń pomiędzy wykonawcą a podmiotem udostępniającym zasoby, a nie determinowanym zakresem udostępnionych zasobów. Użycie bowiem zdaniu spójnika „lub” oznacza, że mamy do czynienia z alternatywą łączną (nierozłączną), a zatem gdy jedno zdanie jest fałszywe, a jednocześnie prawdziwe. Zatem adresat tego zdania może się zachować w sposób „X”, w sposób „Y”, w sposób „X i Y”.

11. Określony przepisem art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wymóg realizacji usług przez podmioty, na zasobach których polega wykonawca w odniesieniu do warunku dotyczącego doświadczenia należy rozumieć jako obowiązek faktycznego zrealizowania części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub wspólnie z wykonawcą składającym ofertę. Innymi słowy ustawa Prawo zamówień publicznych wymaga bezpośredniego uczestnictwa w realizacji usługi przez podmiot, na którego zdolnościach polega dany wykonawca (...).

12. Mając na uwadze powyższe, nie sposób uznać, że zaangażowanie Bako Sport w realizację zamówienia nie odnosi się do udostępnionych zasobów. Z treści zobowiązania wynika jednoznacznie, że objęto zaangażowaniem Bako Sport zarówno usługi projektowania, jak i roboty budowlane. Jakkolwiek trudności w interpretacji złożonego oświadczenia woli w postaci zobowiązania do udostępnienia zasobów mogły spotkać Zamawiającego, to winien on w zakresie tych wątpliwości wezwać Odwołującego do złożenia stosownych wyjaśnień. Bowiem to składający oświadczenie dot. zobowiązania, tj. Bako Sport, a pośrednio sam wykonawca posługujący się tym zobowiązaniem, winien przedstawić zakres zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby w kontekście treści zobowiązania (w myśl reguły wykładni autentycznej, tj. dokonywanej przez autora treści zobowiązania).”

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania,
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 4) w szczególności - wezwania odwołującego do wyjaśnienia treści jego oferty w zakresie zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby do realizacji zamówienia.

Pismem z dnia 03.03.2021 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie terenu zieleni parku przy ul. Szubianki w Jarocinie oraz pasa zieleni wzdłuż ul. Wrocławskiej w Jarocinie - sektor IV w ramach zadania „Rozwój systemu zieleni w Jarocinie obejmujący parki, skwery i zieleń przyuliczną”.

W pkt 7.2.3)a) siwz zamawiający wskazał, że wykonawca musi posiadać doświadczenie w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej:

- 1 roboty za minimum 1.500.000,00 zł brutto w systemie zaprojektuj - wbuduj (na terenie parków lub innych terenów zieleni),
- 1 roboty za minimum 1.000.000,00 zł brutto w zakresie zieleni,
- 1 roboty za minimum 1.000.000,00 zł brutto w zakresie drogowym.

W przypadku oferty składanej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (konsorcjum), powyższy warunek może być spełniony przez wykonawców łącznie.

Odwołujący złożył ofertę, do której dołączył m.in. oświadczenie, w którym stwierdził, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innego podmiotu. Ww. podmiot złożył oświadczenie, w którym wskazał jako sposób wykorzystania jego zasobów: „Uczestnictwo w opracowaniu projektu”.

Pismem z dnia 18.01.2021 r. zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia m.in. wykazu robót.

Pismem z dnia 21.01.2021 r. odwołujący złożył wykaz robót, w którym w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie jednej roboty za minimum 1.500.000,00 zł brutto w systemie zaprojektuj - wbuduj (na terenie parków lub innych terenów zieleni), wpisał „Rewitalizację Parku Radolińskich w Jarocinie” wykonywaną przez podmiot trzeci, przy czym z referencji wynikało, że podmiot ten wykonywał jedynie dokumentację projektowo-kosztorysową, natomiast nie wykonywał robót budowlanych.

Pismem z dnia 25.02.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, do złożenia nowego wykazu robót z załączeniem dowodów należytego ich wykonania, z zastrzeżeniem, że w razie zmiany podmiotu trzeciego wykonawca zobowiązany jest złożyć także wymagane dla niego dokumenty.

Pismem z dnia 27.01.2021 r. odwołujący złożył nowy wykaz robót, w którym wskazał nową robotę, tj. „Rewitalizację Parku Podlesie”, wykonywaną przez nowy podmiot trzeci, tj. spółkę Bako Sport G. B., R. K. sp. j. Odwołujący przedłożył także zobowiązanie ww. podmiotu, w którym podmiot ten wskazał jako sposób i zakres wykorzystania jego zasobów: „Uczestnictwo w opracowaniu projektu”. Pod ww. informacjami znajduje się oświadczenie (zgodnie z wzorem dokumentu przygotowanym przez zamawiającego) o treści: „Oświadczam, że w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, ww. podmiot/-y na zasobach których polegam, zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane”.

Pismem z dnia 05.02.2021 r. zamawiający zawiadomił wykonawców o:

1) wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał:

„Pomimo przedstawionych dokumentów, z których wynika, że podmiot trzeci posiada doświadczenie w realizacji roboty polegającej na rewitalizacji Parku Podlesie w formie zaprojektuj i wybuduj, nadal nie doszło do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, z uwagi na zadeklarowanie, iż podmiot trzeci jedynie zaprojektuje roboty budowlane, natomiast nie będzie uczestniczył w ich realizacji.

(...) Skoro zatem Wykonawca w ramach wykazania warunku dotyczącego zaprojektowania i budowy posiłkował się potencjałem podmiotu trzeciego, to jego podwykonawca - w myśl art. 22a ust. 4 ustawy Pzp - powinien zaprojektować i wybudować przedmiot zamówienia. W konsekwencji podmiot trzeci powołany celem spełnienia całego (kompletnego i niepodzielnego) warunku udziału, w zakres którego wchodziło zarówno zaprojektowanie jak i wykonanie robót - powinien zobowiązać się do wykonania całości robót wchodzących w ten zakres.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma jedyną możliwość przedłożenia Zamawiającemu wymaganych dokumentów niezawierających błędów dotyczących zgłoszonego już podmiotu trzeciego, co w okolicznościach niniejszej sprawy może mieć miejsce, w sytuacji przedłożenia przez Wykonawcę prawidłowego zobowiązania podmiotu trzeciego, bądź też złożenia wszystkich dokumentów wymaganych w SIWZ dotyczących nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) albo samodzielnego potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu”.

2) unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (jedynie cena oferty odwołującego mieściła się w kwocie przewidzianej na sfinansowanie zamówienia).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.). Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 tejże ustawy, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 22a ust. 1 - 4 ustawy Pzp:

1. 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.

2. 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.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia 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.

4. 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.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że z art. 22a ust. 4 ustawy Pzp wynika, że podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia, musi następnie rzeczywiście realizować te roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zasoby są wymagane. Po to bowiem zamawiający opisuje warunki udziału w postępowaniu, aby sprawdzić zdolność wykonawców do należytej realizacji zamówienia. Gdyby podmiot trzeci jedynie formalnie udostępnił swoje zasoby, ale w rzeczywistości nie wykonywał tych robót lub usług, do których wykonania jego zasoby (np. doświadczenie) są potrzebne, opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i w żadnym wypadku nie służyłoby należytej realizacji zamówienia. Dlatego tak ważne jest, aby podmioty udostępniające swoje zasoby rzeczywiście wykonywały zamówienie w zakresie, w którym - w myśl opisanych warunków - niezbędne jest posiadanie odpowiedniego doświadczenia, wykształcenia, czy kwalifikacji zawodowych.

Na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zamawiający sprawdza sposób i

zakres udostępnienia zasobów przez podmiot trzeci przede wszystkim na podstawie jego zobowiązania. Jeżeli z zobowiązania tego nie wynika, że podmiot trzeci użycza swoich zasobów w sposób potrzebny do wykonania zamówienia w zakresie opisanym w warunku, należy uznać, że wykonawca nie wykazał spełnienia tego warunku.

W przedmiotowej sprawie zamawiający w opisie warunku wymagał m.in. wykazania wykonania jednej roboty w systemie zaprojektuj - wybuduj na terenie parków lub innych terenów zieleni. Warunek udziału w postępowaniu obejmował zatem nie tylko usługi projektowe, ale także roboty budowlane. Tymczasem podmiot trzeci, tj. spółka Bako Sport, wyraźnie wpisał w zobowiązaniu jako sposób i zakres wykorzystania jego zasobów: „Uczestnictwo w opracowaniu projektu”. Oznacza to, że podmiot ten nie zobowiązał się do wykonywania zamówienia w zakresie robót, które również w zakres tego zamówienia wchodzi.

Nie można przy tym zgodzić się z odwołującym, że podmiot trzeci zobowiązał się do wykonywania robót poprzez podpisanie się pod oświadczeniem o treści: „Oświadczam, że w odniesieniu do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, ww. podmiot/-y na zasobach których polegam, zrealizują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane”. O ile należy zgodzić się z odwołującym, że umiejscowienie przez zamawiającego takiego oświadczenia w formularzu zobowiązania podmiotu trzeciego, jest niezrozumiałe, o tyle nie budzi wątpliwości, że treść tego oświadczenia jasno wskazuje, że nie może ono być złożone przez sam podmiot trzeci. Podmiot trzeci nie może bowiem polegać na cudzych zasobach, zatem oświadczenie to nie może być przez niego złożone. Tym samym fakt zamieszczenia tego oświadczenia przez zamawiającego, zapewne omyłkowo, w ww. formularzu, nie może skutkować stwierdzeniem, że to podmiot trzeci je złożył, skoro – jak wskazano wyżej – jego treść wyklucza możliwość złożenia go przez podmiot trzeci. Oznacza to, że powyżej cytowana treść nie może dowodzić, że podmiot trzeci zobowiązał się do wykonywania w przedmiotowym zamówieniu robót budowlanych.

Izba nie podzieliła także stanowiska odwołującego, zgodnie z którym w art. 22a ust. 4 ustawy Pzp ustawodawca dopuścił, aby wykonawca wykazał, że podmiot trzeci będzie wykonywał usługę lub robotę budowlaną, czyli nie musi wykonywać ich obu. Należy podkreślić, że zakres zobowiązania podmiotu trzeciego do wykonania zamówienia zależy od treści warunku udziału w postępowaniu. Użyte w ww. przepisie słowo: „lub”, należy zatem rozumieć w świetle opisanego warunku. Jeżeli warunek, jak w niniejszej sprawie, obejmuje zarówno usługi, jak i roboty budowlane, to dla spełnienia przez wykonawcę tego warunku koniecznym jest, aby podmiot użyczający mu zasobów zobowiązał się do wykonywania zarówno usług, jak i robót. W przedmiotowej sprawie podmiot trzeci zobowiązał się jedynie do uczestnictwa w opracowaniu projektu, zatem odwołujący nie wykazał, że dysponuje zasobami tego podmiotu w zakresie koniecznym do wykonania robót. W konsekwencji, odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

Należy jednocześnie zauważyć, że zamawiający wzywał już odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia wykazu robót, w tym ewentualnie do wskazania nowego podmiotu użyczającego zasoby. Zgodnie z zasadą jednokrotności wezwania, zamawiający nie może zatem powtórzyć wezwania w tym trybie.

Nie zachodzi także podstawa do zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 87 ust. 1 lub art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp możliwe jest wyjaśnianie treści oferty, nie zaś kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przy czym wyjaśnianie nie może polegać na zmianie treści oferty, także poprzez jej uzupełnianie. Natomiast na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp możliwe jest wyjaśnianie kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale przepis ten również ogranicza tę możliwość jedynie do wyjaśniania. „Wyjaśnianie” nie może zaś polegać na uzupełnianiu / dodawaniu nowej treści lub zmianie dotychczasowej, gdyż takie działania wykonawcy są dopuszczalne jedynie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Tymczasem w niniejszej sprawie, „wyjaśnienie” zobowiązania podmiotu trzeciego, musiałoby się sprowadzać do dodania przez niego nowego oświadczenia o tym, że zobowiązuje się także do wykonywania robót. Tym samym „wyjaśnienie” to w istocie stanowiłoby uzupełnienie zobowiązania. Skoro, jak wskazano już wyżej, w przedmiotowej sprawie powtórzenie wezwania w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest niedopuszczalne, to dodanie przez wykonawcę nowego oświadczenia podmiotu trzeciego prowadziłoby do obejścia zasady jednokrotności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Dlatego zastosowanie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp po to, by w istocie pozwolić odwołującemu na uzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego o nową treść, jest w niniejszej sprawie niedopuszczalne.

Nie można także uznać, że odwołujący wykazał spełnienie warunku doświadczenia, w oparciu o oświadczenie podmiotu trzeciego złożone przez odwołującego na rozprawie, w którym podmiot ten zobowiązuje się do wykonywania także robót budowlanych. Po pierwsze, złożenie takiego oświadczenia następczo, stanowi jak już wyżej wskazano, obejście zasady jednokrotności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie, wykonawcy zobowiązani są wykazywać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w terminach określanych przez zamawiających w wezwaniach. W niniejszej sprawie zamawiający w wezwaniu z dnia 25.02.2021 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wyznaczył odwołującemu termin uzupełnienia wykazu robót, w tym ewentualnie o doświadczenie nowego podmiotu trzeciego, do 29.01.2021 r. W tym terminie zatem odwołujący powinien był wykazać spełnienie warunku doświadczenia. Przedstawienie oświadczenia podmiotu trzeciego zawierającego zobowiązanie do wykonania także robót budowlanych dopiero na rozprawie, jest już zatem działaniem spóźnionym i w konsekwencji nie może świadczyć o tym, że na dzień 05.02.2021 r. zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp wykluczając odwołującego z postępowania.

Izba stwierdziła zatem, że wykluczenie odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp było zasadne i skoro ceny pozostałych ofert przekraczały kwotę na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może tej kwoty podwyższyć, zasadne było także unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020) oraz art. 552 ust. 1 i art. 553 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 92 ust. 2 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020), art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący