

WYROK

z dnia 24 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 23 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego
do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 9 sierpnia 2022 r.

przez wykonawcę: Hydron Projekt sp. z o.o. z siedzibą w Żytni [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. Budowa przyłączy kanalizacji
sanitarnej w miejscowości Jakubów, Moczydła i Aleksandrów, gmina Jakubów
(nr BiF.271.11.2022.AW)

prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Jakubów [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:
 - 1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 10000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą uzasadnionym kosztom poniesionym z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

U z a s a d n i e

Gmina Jakubów {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia
11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710.)

{dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”) w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie
zamówienia na roboty budowlane pn. Budowa przyłączy kanalizacji sanitarnej

w miejscowości Jakubów, Moczydła i Aleksandrów, gmina Jakubów

(nr BiF.271.11.2022.AW).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 22 czerwca 2022 r. zostało zamieszczone w Biuletynie

Zamówień Publicznych pod nr 2022/BZP 00219642.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

5 sierpnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o odrzuceniu oferty złożonej przez Hydron Projekt sp. z o.o. {dalej również: „Hydron”} z siedzibą w Żytni.

9 sierpnia 2022 r. Hydron {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b - przez odrzucenie oferty Hydronu pomimo spełniania przez niego warunków udziału w postępowaniu.
2. Art. 16 pkt 1 - przez przeprowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, czego przejawem było odrzucenie oferty Hydronu, pomimo że wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.
3. Art. 253 - przez zawiadomienie o odrzuceniu oferty, które nie było połączone z zawiadomieniem o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia odrzucenia oferty Hydronu.
2. Przeprowadzenia badania i oceny ofert oraz wyboru oferty Hydronu jako najkorzystniejszej.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

W ramach uzasadnienia zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty został sprecyzowany przez powołanie się na następujące okoliczności.

{okoliczności faktyczne}

8 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Hydron do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Pismem z 14 lipca 2022 r. Zamawiający zażądał na podstawie art. 122 ustawy pzp, aby Hydron zastąpił podmiot wskazany do spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej innym podmiotem lub innymi podmiotami, albo aby Wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi 19 lipca 2022 r. Hydron przedłożył oświadczenie Przedsiębiorstwa Budowlanego „Imbau” A. Ł. o udostępnieniu potencjału w zakresie wiedzy i doświadczenia {dalej również: „Imbau”}.

20 lipca 2022 r. Zamawiający skierował do Hydronu wezwanie do złożenia oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia oraz wykazu wykonanych robót budowlanych.

W określonym terminie Hydron przesłał kopię umowy o podwykonawstwo z „Imbau”

25 lipca 2022 r. Zamawiający wezwał Hydron do złożenia wyjaśnień treści umowy podwykonawczej nr 1/07/2022 z dnia 18.07.2022 r., poprzez sprecyzowanie sposobu udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów przedsiębiorstwa „Imbau”, a w szczególności wyjaśnienie, na czym konkretnie będzie polegało podwykonawstwo podmiotu udostępniającego zasoby (w jakim zakresie Wykonawca zamierza powierzyć realizację robót objętych przedmiotem zamówienia).

27 lipca 2022 r. Hydron przesłał w odpowiedzi wyjaśnienia. ww. zapytanie.

2 sierpnia 2022 r. Zamawiający zażądał dalszych wyjaśnień, gdyż jego zdaniem ze złożonej umowy nie wynikało, w jakim zakresie Wykonawca zamierza powierzyć podmiotowi udostępniającemu zasoby realizację robót objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający określił termin na 3 sierpnia 2022 r. godz. 11:00.

3 sierpnia 2022 r. o godz. 8:15 [na dowód załączono do odwołania urzędowe poświadczenie Przedłożenia oraz Zgłoszenie sprawy od Wykonawcy do Zamawiającego] Hydron przesłał załącznik nr 1 do umowy o podwykonawstwo.

Z treści zobowiązania Imbau wynika zakres dostępnych zasobów, a więc doświadczenie w wykonywaniu dwóch robót budowlanych polegających na budowie kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami o wartości co najmniej 2 mln zł każda. Zobowiązanie określa także sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów na przez cały okres wykonywania przedmiotowego zadania, na podstawie umowy o podwykonawstwo. Z kolei, czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby zrealizuje roboty budowlane, których dotyczą powyższe zdolności, określa z kolei umowa o podwykonawstwo, w tym załącznik nr 1 do niej.

Umowa podwykonawcza nr 1/07/2022 z 18.07.2022 r. w § 2 ust. 3 stanowi: Podwykonawca wykona roboty budowlane zgodnie z posiadaną wiedzą i doświadczeniem w inwestycji pod nazwą „Budowa przyłączy kanalizacji sanitarnej w miejscowości Jakubów,

Moczydła i Aleksandrów, gmina Jakubów. Z kolei zgodnie z brzmieniem §5 ust. 2 załącznika nr 1 do tej umowy: Podwykonawca zobowiązuje się wykonać na rzecz Wykonawcy roboty budowlane w nieprzekraczającej ilości 140 przyłączy o łącznej długości 3210 m wraz z 254 studniami. Przy czym jest to cały przedmiot zamówienia opisany na str. 4 SWZ.

Zamawiający w ramach uzasadnienia odrzuceniu oferty wskazał w szczególności, co następuje:

Z załącznika do umowy podwykonawczej (przesłanego po upływie terminu wymaganego do złożenia wyjaśnień) wynika, że podwykonawca „oddeleguje pracownika (...), który będzie przebywał na terenie budowy przez okres wykonywania prac” (par. 2 ust. 2). Z zapisu wynika, że udział podmiotu udostępniającego zasoby będzie polegał de facto na nadzorze.

(...)

Z przedłożonej umowy podwykonawczej wynika, że podwykonawstwo ma polegać na przekazaniu zasobów (w tym ludzi), którzy będą pełnić funkcję nadzorczą i brać czynny udział przy budowie. Z ww. zapisów nie wynika, w jakim zakresie podmiot udostępniający potencjał będzie uczestniczyć w realizacji robót.

W związku z powyższym złożone przez Wykonawcę dokumenty i wyjaśnienia w przedmiotowym postępowaniu są sprzeczne z art. 118 ust. 2 ustawy prawo zamówień publicznych. Możliwość polegania przez wykonawcę na podmiotach trzecich w zakresie wiedzy i doświadczenia musi być połączona z wymogiem, aby podmioty te wykonały roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane. W związku z tym doradztwo i konsultacje uznaje się co do zasady za niewystarczające. Niezbędna jest faktyczna realizacja robót budowlanych lub usług, do których udostępniane zdolności są wymagane. Rola podmiotu trzeciego musi obejmować wykonywanie konkretnych prac, konkretny zakres odpowiedzialności.

{okoliczności prawne}

Zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Według art. 118 ust. 4 ustawy pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, 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.

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak w pkt 1. petitum odwołania, a ponadto wywiódł, że z treści umowy o podwykonawstwo oraz załącznika nr 1 do tej umowy oraz oświadczenia o udostępnieniu potencjału przez Imbau jasno wynika, że w sposób skuteczny wykazał spełnianie warunków określonych w art. 118 ust. 4 ustawy pzp.

Odwołujący zauważył, że Zamawiający bezpodstawnie podał w ramach uzasadnienia odrzucenia, że Hydron nie złożył w określonym terminie załącznika nr 1 do umowy podwykonawczej, gdyż co innego wynika z dowodów załączonych do odwołania.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

W ramach uzasadnienia odwołania dodatkowo jako przejaw naruszenia zasady uczciwej konkurencji zostało wskazane - jak to określono - notoryczne łamanie przez Zamawiającego art. 8 ust. 4 ustawy pzp, zgodnie z którym termin obejmujący dwa lub więcej dni zawiera co najmniej dwa dni robocze.

Odwołujący podał, że Zamawiający, zarówno w wezwaniu z 20, jak i 25 lipca 2022 r., dał mu de facto jeden dzień na złożenie wyjaśnień (odpowiednio do 22 i 25 lipca 2022 r.), a termin określony w wezwaniu do wyjaśnień z 2 sierpnia 2022 r. (do 3 sierpnia 2022 r.) de facto był krótszy niż jeden dzień.

W ocenie Odwołującego Zamawiający robił wszystko, aby uniemożliwić mu dochowanie określonych terminów, a tym samym doprowadzić do odrzucenia jego oferty.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zgodnie z art. 253 ust. 1 ustawy pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone - podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Według Odwołującego skoro powyższy przepis nie przewiduje osobnego informowania wykonawców, którzy złożyli oferty, o odrzuceniu ofert oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty, informacja o powodach odrzucenia powinna być przekazana wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty. Na zasadność takiej interpretacji wskazuje również art. 264 pzp, który określa termin, w jakim można zawrzeć umowę w sprawie zamówienia jako liczony od przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, a nie od przekazania informacji o odrzuceniu oferty.

W odpowiedzi na odwołanie przesłanej do Izby 23 sierpnia 2022 r. [pomimo opatrzenia tego pisma podpisem elektronicznym w tej dacie, na wstępie pisma wskazano na datę 17 sierpnia 2022 r.] Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, w szczególności podnosząc następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{ad pkt 1. listy zarzutów}

{okoliczności faktyczne}

W odniesieniu do przebiegu badania spełniania przez Hydron warunku udziału w postępowaniu Zamawiający zrelacjonował dodatkowo lub odmiennie niż w odwołaniu następujące okoliczności.

Określony dla tego postępowania warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia wymagał wykazania co najmniej dwukrotnego należytego wykonania robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. budowy kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami o wartości co najmniej 2 mln zł za każdym razem.

W treści podpisanego przez A. Ł. „Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia na potrzeby realizacji

zamówienia" wskazano, że oddanie do dyspozycji zasobów nastąpi w zakresie wiedzy i

doświadczenia: dwóch robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia, natomiast udostępnienie zasobów nastąpi w formie doradztwa technicznego przez cały okres wykonywania przedmiotowego zadania, na podstawie umowy o podwykonawstwo.

Ponieważ taki dokument nie potwierdzał, że udostępniający zasoby będzie faktycznie uczestniczył w realizacji robót objętych zakresem zamówienia, Zamawiający pismem z 20 lipca 2022 r. wezwał Hydron do złożenia dokumentów potwierdzających, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie oraz doradztwo techniczne będzie realizował roboty budowlane objęte postępowaniem (np. umowę podwykonawczą).

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Hydron przedstawił umowę podwykonawczą z 18 lipca 2022 r. nr 1/07/2022. Według treści § 1 tej umowy Wykonawca powierzy podwykonawcy wykonanie zamówienia w zakresie udzielonej wiedzy, doświadczenia, doradztwa technicznego i robót budowlanych przez cały okres wykonywania przedmiotowego zadania. Z kolei według brzmienia § 2: Przedmiotem umowy jest udzielanie wiedzy i doświadczenia, doradztwa technicznego oraz robót budowlanych, udzielanych

na każdym etapie zamówienia... (ust. 1), a Podwykonawca przyjmuje, a wykonawca powierza podwykonawstwu w zakresie wiedzy i doświadczenia i robót budowlanych. Z kolei według brzmienia § 3 umowy: Szczegółowy zakres prac i obowiązków stron został ujęty w załączniku nr 1 stanowiącym integralną część umowy. Przy czym ów załącznik nie został

przez Hydron złożony wraz z umową podwykonawczą.

W odpowiedzi na wystosowane przez Zamawiającego 25 lipca 2022 r. w trybie art. 128 ust. 4 pzp wezwanie, 26 lipca 2022 r. Hydron wyjaśnił, że powierzył podwykonawstwu w zakresie wiedzy, doświadczenia oraz robót budowlanych i dodał, że konkretnie podwykonawstwo polegać będzie na przekazaniu zasobów (w tym ludzi), którzy pełnić będą funkcję nadzoru/doradczą oraz brać czynny udział przy budowie przyłączy sanitarnych.

Ponieważ takie wyjaśnienia nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego dotyczących zakresu podwykonawstwa, pismem z 2 sierpnia 2022 r. wezwał Hydron do złożenia treści załącznika nr 1 do umowy podwykonawczej.

Z treści załącznika nr 1 do umowy podwykonawczej wynika natomiast, że podwykonawca zobowiązuje się w trakcie wykonywania prac do zapewnienia nadzoru technicznego nad realizowanym zadaniem inwestycyjnym (§ 2 ust. 1). Podwykonawca

zobowiązał się także do oddelegowania co najmniej jednego pracownika posiadającego

stosowne uprawnienia, który „będzie przebywał na terenie budowy przez okres wykonywanych prac (§ 2 ust. 2). W § 2 ust. 4 oraz w § 4 tego załącznika nr 1 do umowy wskazano szczegółowe obowiązki podwykonawcy w zakresie organizacji budowy. Z kolei w § 5 ust. 2 wskazano, że podwykonawca zobowiązuje się wykonać roboty budowlane w ilości 140 przyłączy wraz z 254 studniami. Jednocześnie podwykonawca zobowiązał się

oddelegować do wykonania każdego ze 140 przyłączy co najmniej jedną osobę posiadającą stosowne uprawnienia, która będzie fizycznie i umysłowo odpowiadać za prawidłowość

wykonania zadania zgodnie z udzielonymi referencjami.

{okoliczności prawne}

Jak wynika z poglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie Izby, podmiot udostępniający zasoby powinien w sposób wyraźny zobowiązać się do uczestnictwa w wykonaniu zamówienia, w postaci wykonania robót budowlanych, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zdolność zawodowa w postaci wiedzy i doświadczenia powinna być realnie udostępniona przez bezpośredni udział podmiotu udostępniającego w takiej części zamówienia lub w takim zakresie, w jakim deklarował on udostępnienie zasobów niezbędnych do realizacji tej części lub zakresu zamówienia. W świetle art. 118 ust. 4 pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby ma potwierdzać, że stosunek łączący go z wykonawcą gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Weryfikacji realności udostępnienia zasobów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dokonuje zamawiający, który na podstawie treści zobowiązania powinien uzyskać pewność, że wykonawca faktycznie będzie uprawniony do korzystania z tych niezbędnych na potrzeby realizacji zamówienia zasobów. Co więcej, zamawiający powinien uzyskać w ten sposób szczegółową wiedzę dotyczącą obszarów, w jakich wykonanie zamówienia będzie się odbywało przy udziale zasobów innego podmiotu, co umożliwi mu egzekwowanie poprawnej

realizacji zamówienia, zgodnie z deklarowanym przez wykonawcę zobowiązaniem innego podmiotu. Tylko szczegółowe określenie zakresu i sposobu zobowiązania się innego podmiotu umożliwia zamawiającemu podjęcie decyzji w zakresie uznania kwalifikacji tego wykonawcy w odniesieniu do realizacji zamówienia, a co za tym idzie ocenę wykonawcy w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu [por. Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Lex 2022].

Jednocześnie w licznych orzeczeniach Izba odrzuciła możliwość udostępniania zasobu podmiotu trzeciego w formie doradztwa, konsultacji czy kontroli. Jak wynika z uzasadnienia wyroku z 17 grudnia 2018 r. sygn. akt KIO 908/18, z treści zobowiązania podmiotu trzeciego musi wynikać w sposób niebudzący wątpliwości, jaki zasób zostaje udostępniony oraz zakres realizacji części zamówienia, do którego wykonania zobowiązuje się dany podmiot, odpowiednio do zakresu udostępnianych zasobów. Udział w realizacji zamówienia poprzez doradztwo, konsultacje czy kontrolę nie jest wystarczający do uznania spełnienia przesłanki, o której mowa w art. 22a ust. 4 ustawy pzp [obecnie art. 118 ust. 4 pzp] - inny podmiot ma bowiem nie tylko wziąć udział w realizacji zamówienia, ale jest

zobowiązany zrealizować zamówienie w zakresie, w jakim udostępnił własne zasoby. Z kolei w uzasadnieniu wyroku z 9 listopada 2017 r. sygn. akt KIO 2245/17 Izba stwierdziła, co następuje: Wykorzystanie zasobów, o których mowa w art. 22a pzp, musi być jednoznaczne i nie może być domysłem lub domniemaniem. Wykonawca ma obowiązek udowodnienia, a nie tylko uprawdopodobnienia, że dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia... Dyspozycja art. 22a ust. 4 pzp wymaga, aby wykonawca powołujący się na zasoby innego podmiotu udowodnił, że stosunek łączący wykonawcę z tym podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów. Dysponowanie zasobami innego podmiotu musi wynikać z przedstawionych dowodów w sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domniemania. Na podstawie dokumentów przedstawionych w celu potwierdzenia rzeczywistego dostępu do zasobów innego podmiotu zamawiający musi mieć możliwość jednoznacznego ustalenia, że określony zasób innego podmiotu zostanie realnie udostępniony.

{wniośki}

W ocenie Zamawiającego w kontekście przywołanych zapisów umowy podwykonawczej i załącznika nr 1 do niej, które są niejednoznaczne i sprzeczne ze sobą, nie sposób uznać, aby wykazano, że podwykonawca zrealizuje roboty budowlane, których dotyczą wskazane w treści zobowiązania do udostępnienia zasobów zdolności. W umowie podwykonawczej wprost wskazano, że udostępnienie zasobów dotyczy wiedzy i doświadczenia, doradztwa technicznego oraz robót budowlanych, bez dookreślenia, czy roboty budowlane (i w jakim zakresie) zostaną przez podwykonawcę wykonane, czy też jedynie deklarowana wiedza i doświadczenie dotyczy robót budowlanych. Z kolei w załączniku nr 1 mowa jest z jednej strony o zobowiązaniu podwykonawcy do wykonania pełnego zakresu przyłączy wraz ze studniami, a z drugiej strony o zobowiązaniu podwykonawcy do oddelegowania co najmniej jednego pracownika, który będzie przebywał na terenie budowy oraz pracownika, który będzie odpowiadać za prawidłowość wykonania zadania. O ile oczywiste jest, że przedsiębiorca prowadzący tzw. jednoosobową działalność gospodarczą realizuje roboty pomocy innych osób, o tyle samo oddelegowanie pracowników nie wskazuje na faktyczny udział w realizacji tego zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Według Zamawiającego dokonana przez niego ocenę uzasadnia dodatkowo wyjaśnienia Hydronu z 26 lipca 2022 r., że podwykonawstwo ma w tym przypadku polegać

na przekazywaniu zasobów (w tym ludzi), którzy będą pełnić funkcję nadzoru/doradczą oraz brać czynny udział w budowie, gdyż wskazuje na to, że intencją stron umowy

podwykonawczej nie było rzeczywiste zaangażowanie podwykonawcy w faktyczną realizację

robót budowlanych, a jedynie sprawowanie nadzoru i doradzanie. Z kolei nadzór i doradztwo nie miało być realizowane przez samego podwykonawcę, ale przez oddelegowanych pracowników.

Zamawiający podsumował, że oświadczenia i dokumenty przedstawione

przez Hydron nie były wystarczające do jednoznacznego stwierdzenia, że potencjał podmiotu trzeciego został realnie udostępniony tj. jego udział w realizacji zamówienia nie będzie się ograniczał jedynie do czynności związanych z nadzorem i doradztwem. W szczególności zamieszczenie § 5 ust. 2 w załączniku nr 1 nakierowane było na stworzenie wrażenia, że podmiot trzeci rzeczywiście zamówienie zrealizuje, podczas gdy treść oświadczenia tego podmiotu udostępniającego zasoby, treść § 1 i 2 umowy podwykonawczej, wyjaśnienia Hydronu z 26 lipca 2022 r. oraz pozostała treść załącznika

nr 1 do tej umowy wprost wskazują na pełnienie czynności nadzorczych i doradczych za pośrednictwem oddelegowanych pracowników. Taki zakres zobowiązania nie wskazuje

na faktyczne wykonanie przez posiadający niezbędną wiedzę i doświadczenie podmiot trzeci tego zakresu zamówienia, dla którego są one wymagane.

{dodatkowa argumentacja}

Niezależnie od powyższego Zamawiający zwrócił uwagę na to, że umowa o podwykonawstwo z 18 lipca 2022 roku (w tym załącznik nr 1 do niej) nie zawiera postanowień dotyczących zasad rozliczania się stron oraz wysokości wynagrodzenia. Tymczasem w świetle art. 647 § 1 Kodeksu cywilnego określenie wysokości wynagrodzenia jest jednym z elementów umowy o roboty budowlane. Tym bardziej czyni to pozornym zobowiązanie się podmiotu trzeciego do wykonania całego zakresu przedmiotu zamówienia, o którym mowa w § 5 ust. 2 załącznika nr 1 do umowy podwykonawczej.

Zamawiający zwrócił również uwagę na to, że w odpowiedzi na wymaganie z rozdziału X SWZ, aby wykonawca wskazał w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, Hydron w pkt 2. lit. h) formularza ofertowego wskazał, że zrealizuje zamówienie bez udziału podwykonawców, pomimo że nie posiadał zdolności zawodowych w postaci wiedzy i doświadczenia niezbędnych do samodzielnej realizacji tego zamówienia. Według Zamawiającego stanowi to dodatkowe potwierdzenie, że Hydron nie planował zlecać realizacji przedmiotu zamówienia podmiotowi trzeciemu, a jedynie powołać się na wiedzę i doświadczenie tego podmiotu w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

{ad pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający wskazał, że wezwanie z 25 lipca 2022 r. nie było pierwszym, w którym domagał się złożenia potwierdzenia, że podmiot udostępniający zasoby w postaci wiedzy i doświadczenia będzie realizował roboty budowlane, gdyż domagał się tego już w piśmie z 20 lipca 2022 r. Z kolei wezwanie z 2 sierpnia 2022 r. dotyczyło jedynie przedłożenia załącznika nr 1, stanowiącego integralną część umowy podwykonawczej, złożonej przez Hydron 22 lipca 2022 r.

Według Zamawiającego nie sposób uznać, że doszło w ten sposób do naruszenia jakiegokolwiek z zasad określonych w art. 16 pzp, w tym, że wyznaczenie takich terminów miało lub mogło mieć istotny wpływ na decyzję o odrzuceniu oferty Hydronu. W szczególności trzykrotne wzywanie do złożenia wyjaśnień i dokumentów zmierzało do umożliwienia wyjaśnienia kwestii zakresu i sposobu zaangażowania podwykonawcy w realizację przedmiotu zamówienia. Co więcej, po stronie Hydronu nie wystąpiły jakiegokolwiek trudności z udzieleniem odpowiedzi w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie.

{ad pkt 3. listy zarzutów}

Zamawiający wskazał, że zawiadamiając Hydron o odrzuceniu jego oferty, szczegółowo wyjaśnił powody swojej decyzji oraz pouczył o możliwości wniesienia odwołania.

Zamawiający podniósł, że Odwołujący nie wykazał natomiast, że zawiadomienie go o odrzuceniu jego oferty przed dokonaniem wyboru najkorzystniejszej oferty ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Tymczasem zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp warunkiem uwzględnienia odwołania jest stwierdzenie naruszenia przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 pzp i nie zgłoszono w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała odwołania do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje dotychczasowe stanowisko i argumentację.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie

na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje

wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty zamyka mu drogę do uzyskania tego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

{rozpoznanie wszystkich zarzutów zawartych w odwołaniu}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Z rozdziału VII Specyfikacji warunków zamówienia {dalej: „SWZ”} wynika

w szczególności, że warunkiem udziału w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia było należyte wykonanie nie wcześniej niż w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert co najmniej dwukrotnie robót budowlanych odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot tego zamówienia tj. wykonanie budowy kanalizacji sanitarnej wraz z przyłączami o wartości co najmniej 2 mln zł za każdym razem.

Hydron złożył ofertę wykorzystując wzór formularza oferty załączony do SWZ, przy czym w odniesieniu do oświadczenia zamieszczonego w pkt 2. lit. h) dokonał ręcznego przekreślenia frazy „przy udziale podwykonawców”, oświadczając w ten sposób, że przedmiotowe zamówienie zrealizuje bez udziału podwykonawców. Adekwatnie do tego pozostawiono bez wypełnienia tabelę przeznaczoną na podanie części zamówienia przewidzianych do wykonania przez podwykonawców oraz ich nazw lub firm.

Jednocześnie złożona oferta zawiera wypełniony druk pn. „Oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp warunki udziału”, w którym Hydron oświadczył, że w celu wykazania spełniania warunków udziału określonych przez Zamawiającego w SWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia polega na zasobach P.H.U. Wod-Mar Tomasz Markowski z Prażmowa {dalej „Wod-Mar”}.

Przy czym do oferty załączono również „Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby” z 4 lipca 2022 r., w którym ten ostatni przedsiębiorca oświadczył, że zobowiązuje się do udostępnienia Hydronowi wiedzy technicznej i doświadczenia, określając zakres swojego udziału przy realizacji tego zamówienia jako pełnozakresowe doradztwo, przekazanie wiedzy i doświadczenia aż do ukończenia procesu budowlanego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 8 lipca 2022 r. w trybie art. 274 ust. 1 ustawy pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych m.in. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu Hydron przedstawił wykaz robót budowlanych wykonanych przez Wod-Mar wraz z referencjami, który według Zamawiającego nie wskazywał na spełnienie warunku udziału w tym postępowaniu, co szczegółowo zostało opisane w piśmie Zamawiającego z 14 lipca 2022 r.

Jednocześnie w związku ze stwierdzonym brakiem wykazania spełniania warunku udziału w tym samym piśmie Zamawiający w trybie art. 122 ustawy pzp wezwał Hydron, aby w terminie do 19 lipca 2022 r. do godz. 16:00 zastąpił ten podmiot innym podmiotem (lub podmiotami) przez złożenie zobowiązania nowego podmiotu lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że wykonawca realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu, albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w tym postępowaniu.

W określonym terminie Hydron złożył nowy wykaz wykonanych robót budowlanych wraz z referencjami oraz zobowiązanie ich wykonawcy, Przedsiębiorstwa Budowlanego „Imbau” A. Ł. {dalej: „Imbau”} z 18 lipca 2022 r. do udostępnienia Hydronowi nabytej przy ich wykonaniu zdolności technicznej i zawodowej, określając zakres swojego udziału przy realizacji tego zamówienia jak doradztwo techniczne przez cały okres wykonywania

przedmiotowego zadania, na podstawie umowy o podwykonawstwo.

Pismem z 20 lipca 2022 r. Zamawiający - wskazując, że działa w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp - wezwał Hydron do uzupełnienia przesłanych 19 lipca 2022 r. dokumentów, jako podpisanych przez Wykonawcę zamiast przez podmiot udostępniający zasoby, w terminie do 22 lipca 2022 r. do godz. 15:00. Jednocześnie Zamawiający wezwał Hydron do złożenia w tym terminie dokumentów potwierdzających, że podmiot udostępniający wiedzę i doświadczenie będzie realizował roboty objęte tym zamówieniem np. umowy o podwykonawstwo, szczegółowo wyjaśniając, dlaczego uznał dotychczasową treść złożonego zobowiązania podmiotu trzeciego za niewystarczającą.

W zakreślonym terminie Hydron przesłał skan umowy nr 1/07/2022, zawartej 18 lipca 2022 r. w Siedlcach pomiędzy nim jako Wykonawcą a Imbau jako Podwykonawcą, w której mowa jest o tym, że:

- Wykonawca powierzy Podwykonawcy wykonanie zamówienia w zakresie udzielonej wiedzy, doświadczenia doradztwa technicznego i robót budowlanych przez cały okres wykonania przedmiotowego zadania (w § 1),
- przedmiotem umowy jest udzielenie wiedzy i doświadczenia, doradztwa technicznego oraz robót budowlanych, udzielną na każdym etapie zamówienia pod nazwą...(w § 2 ust. 1),
- Podwykonawca przyjmuje, a wykonawca powierza podwykonawstwo w zakresie wiedzy i doświadczenia i robót budowlanych (w § 2 ust. 2),
- Podwykonawca wykona roboty budowlane zgodnie z posiadaną wiedzą i doświadczenie w inwestycji pn. . (w § 2 ust. 3),
- Szczegółowy zakres prac i obowiązków stron został ujęty w załączniku nr 1 stanowiący integralną część niniejszej umowy (w § 3),
- Wynagrodzenie za poszczególne prace zostało ustalone w załączniku nr 2 która stanowi integralną część niniejszej umowy (w § 4).

Przy czym żaden ze wspomnianych w treści umowy załączników, które miały stanowić jej integralną część, nie został przesłany w zakreślonym w powyższym wezwaniu terminie.

25 lipca 2022 r. Zamawiający - wskazując, że działa w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp - wezwał Hydron do wyjaśnienia treści przesłanej uprzednio umowy podwykonawczej przez - jak to określono w tym piśmie - sprecyzowanie sposobu udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów Imbau, w szczególności wyjaśnienia, na czym konkretnie będzie polegało podwykonawstwo tego podmiotu jako udostępniającego zasoby, czyli w jakim zakresie Wykonawca zamierza powierzyć mu realizację robót objętych przedmiotem tego zamówienia, w terminie do 27 lipca 2022 r. do godz. 16:00. W ramach

uzasadnienia wezwania Zamawiający wskazał w szczególności, że z przesłanej mu

uprzednio umowy podwykonawczej nie wynika, w jakim zakresie Hydron zamierza powierzyć Imbau wykonanie tych robót.

W odpowiedzi z 26 lipca 2022 r. Hydron w szczególności wyjaśnił, że konkretnie podwykonawstwo będzie polegać na przekazaniu przez podwykonawcę zasobów (w tym ludzi) którzy to będą pełnić funkcję nadzoru/doradczą oraz brać czynny udział przy budowie przyłączy kanalizacji sanitarnej. Wykonawca powierza więc podwykonawcy w zakresie nadzoru/doradzania oraz budowie przyłączy przy realizacji zamówienia.

2 sierpnia 2022 r. Zamawiający - wskazując, że działa w trybie art. 128 ust. 4 ustawy pzp - ponownie wezwał Hydron do wyjaśnienia treści przesłanej uprzednio umowy podwykonawczej, tym razem poprzez - jak to zaznaczono w tym piśmie - dołączenie załącznika nr 1, stanowiącego zgodnie z § 3 tej umowy jej integralną część, w terminie do 3 sierpnia 2022 r. do godz. 11:00.

W zakreślonym terminie Hydron przesłał skan załącznika nr 1 do umowy nr 1/07/2022

z 18 lipca 2022 r., zawierający w istocie więcej postanowień niż dokument zasadniczy

umowy, w tym w § 1-4 postanowienia określające obowiązki Podwykonawcy, a w § 5

(ostatnim) następująco sformułowane postanowienia:

- Podwykonawca na każde wezwanie i bez sprzeciwu zobowiązuje się przekazać Wykonawcy niezbędnych zasobów do wykonania zadania w tym ludzi i sprzętu (w ust. 1),

- Podwykonawca zobowiązuje się wykonać na rzecz Wykonawcy roboty budowlanych w nieprzekraczającej ilości 140 przyłączy o łącznej długości 3210m wraz z 254 studniami

(w ust. 2),

- Podwykonawca oddeleguje do wykonania każdego ze 140 przyłączy co najmniej jedną osobę posiadającą uprawnienia do wykonania każdego ze 140 przyłączy w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociagowych i kanalizacyjnych bez ograniczeń, która będzie fizycznie i umysłowo odpowiadać za prawidłowość wykonania zadania zgodnie z udzielonymi referencjami (w ust. 3).

Reasumując, Zamawiający de facto kilkakrotnie wzywał Hydron do uzupełnienia dokumentów w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia (zdolności zawodowej wg aktualnej terminologii). Skoro Hydron nie kwestionował, że podmiot, na którego zasoby powołał się pierwotnie, nie spełniał tego warunku, już pismo Zamawiającego z 14 lipca 2022 r. miało charakter wezwania do uzupełnienia, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Jak wynika z powyżej zrelacjonowanego przebiegu czynności, Hydron nie sprostął temu wezwaniu z powodów formalnych, składając dokumenty podpisane przez siebie zamiast przez podmiot, który składa te oświadczenia i zobowiązuje się do udostępnienia zasobów. Choć nie było już zatem potrzeby merytorycznej oceny treści zobowiązania Imbau, określenie w jego treści doradztwa technicznego mianem podwykonawstwa nie oznacza, że obiektywnie rzecz biorąc tak określony udział w realizacji zamówienia można za nie uznać. Stąd również oceniając to zobowiązanie pod względem merytorycznym nie było potrzeby wzywania do jego wyjaśnienia, gdyż nie zostało przez Hydron wykazane, że Imbau będzie jego podwykonawcą, który wykona roboty budowlane będące przedmiotem tego zamówienia.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że pomimo przedłużonego ponad miarę w stosunku do obowiązujących przepisów ustawy pzp (o czym mowa poniżej) procesu badania spełnienia warunku przez Hydron, nie był on w stanie tego jednoznacznie wykazać. Nawet w ostatecznej wersji (abstrahując od tego, że nie powinna ona być brana pod uwagę), prawidłowemu *prima facie* wskazaniu na podwykonawstwo podmiotu udostępniającego zasoby odnośnie całego zakresu rzeczowo-ilościowego robót objętych zakresem tego zamówienia towarzyszą enigmatycznie i niegramatycznie sformułowane postanowienia, które to, co powinno być proste, jasne i jednoznaczne, czynią zawiłym, niejasnym i niejednoznacznym.

Przy czym zaznaczyć trzeba, że w pierwszym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału z 14 lipca 2022 r. (czwartek) Zamawiający określił Hydronowi termin do 19 lipca 2022 r. do godz. 16 (wtorek), który obejmował dwa pełne dni robocze (piątek i poniedziałek).

Z kolei skoro Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, obiektywnie rzecz biorąc nie mógł zawiadomić o tej czynności wraz z zawiadomieniem o odrzuceniu oferty Hydronu.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest niezasadne.

Art. 16 pkt 1-3 pzp (zamieszczony w rozdziale pn. „Zasady zamówień publicznych”) stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców (w pkt 1), przejrzysty (w pkt 2) i proporcjonalny (w pkt 3).

Zgodnie z art. 112 ust. 1 pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. W szczególności, jak wynika z art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć zdolności technicznej lub zawodowej.

Art. 118 ust. 1 pzp stanowi w szczególności, że 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 podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Przy czym w art. 118 ust. 2 pzp zastrzeżono, że w odniesieniu m.in. do warunków dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jak wynika z art. 273 ust. 1 pkt 2 pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia o wartości poniżej progów unijnych zamawiający może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Z kolei według art. 274 ust. 1 pzp Zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Z tym że z art. 118 ust. 3 pzp wynika, że wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Przy czym art. 118 ust. 4 pzp określa, że takie zobowiązanie ma potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotem udostępniającym zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności: 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby; 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia; 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Art. 119 pzp nakazuje zamawiającemu ocenić, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 4 pzp.

Przy czym art. 122 pzp stanowi w szczególności, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Jednocześnie według art. 128 ust. 1 pzp jeżeli wykonawca nie złożył podmiotowych środków dowodowych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie, lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Jak trafnie wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie, art. 122 pzp nie stanowi odrębnej podstawy wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przewidzianej w art. 128 ust. 1 pzp. Przyjęcie innej interpretacji byłoby bowiem sprzeczne z wykładnią systemową przepisów ustawy pzp oraz zasadą jednokrotnego wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (por. np. uzasadnienia wyroków Izby wydanych: 9 lutego 2017 r. sygn. akt KIO 189/17, 5 lipca 2019 r. sygn. akt KIO 1150/19, 7 listopada 2019 r. sygn. akt KIO 2153/19). Również zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych nie jest zasadna taka interpretacja, która skutkowałaby rozszerzeniem podstaw prawnych uzupełniania dokumentów, w szczególności w zakresie zasady jednokrotnego uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu (por. opinię wydaną przez 9 sierpnia 2017 r. pt. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”).

Wreszcie stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W ustalonych powyżej okolicznościach Zamawiający wręcz naruszyłby ostatni z przywołanych powyżej przepisów, gdyby zaniechał odrzucenia oferty Odwołującego, jako wykonawcy - który pomimo wystosowania do niego kilkukrotnych wezwań, nie był w stanie wykazać (choć według art. 128 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp powinien

to uczynić już na pierwsze z nich), że dzięki udostępnionym mu przez innego przedsiębiorcę zasobom spełnia warunek udziału w tym postępowaniu w zakresie wymaganej zdolności zawodowej, co Zamawiający miał prawo i obowiązek negatywnie ocenić na zasadzie art. 119 ustawy pzp. W szczególności skoro Odwołujący zarówno w ofercie, jak i w odpowiedzi

na wezwanie do uzupełnienia złożył zobowiązanie innego podmiotu do udostępnienia zasobów, zbędne, a wręcz niedopuszczalne w świetle obowiązku prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności, czyli podstawowych zasad, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp, było umożliwienie zastąpienia tego dokumentu innym środkiem podmiotowym, a następnie dopuszczenie do kolejnych uzupełnień w tym zakresie.

Skoro, jak również ustalono powyżej, w pierwszym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu (które zarazem powinno być ostatnim), Zamawiający określił termin w zgodzie z art. 8 ust. 4 ustawy pzp (który nakazuje, aby termin obejmujący dwa lub więcej dni zawierał co najmniej dwa dni robocze) - zarzut naruszenia tego przepisu również nie może się ostać.

Wreszcie Izba nie podziela takiej interpretacji art. 253 ust. 1 ustawy pzp, że skoro według tego przepisu niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający ma poinformować wykonawców uczestniczących w prowadzonym postępowaniu zarówno o tej czynności, jak i o ofertach odrzuconych, zamawiający nie może dokonywać tych czynności sukcesywnie. W przekonaniu składu orzekającego Izby takie procedowanie jest jak najbardziej dopuszczalne, a co najmniej ani art. 253 ust. 1, ani żaden inny przepis ustawy pzp nie przewiduje dla zamawiającego negatywnych skutków prawnych związanych z rozdzieleniem dokonania czynności wymienionych w tym przepisie. Istotne znaczenie ma natomiast dochowanie wynikającego z art. 253 ust. 1 in fine obowiązku każdorazowego podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dla czynności, której dotyczy zawiadomienie. O ile w ten sposób dochodzi do zróżnicowania terminów na wniesienie środków ochrony prawnej, o tyle wykonawca, którego oferta została odrzucona, ma możliwość zakwestionowania tej czynności, a tym samym doprowadzenia do sytuacji, w której jego oferta będzie brana pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Tym samym za trafne uznano stanowisko, które uprzednio zostało zajęte przez Izbę, na tle analogicznej regulacji art. 92 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r., w uzasadnieniu wyroku z 10 marca 2009 r. sygn. akt KIO 234/09.

Mając powyższe na uwadze, Izba - działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp - orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

Ponieważ Odwołujący w całości przegrał sprawę, stosownie do tego wyniku został obciążony kosztami postępowania odwoławczego, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego poniesione na wynagrodzenie pełnomocnika (potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem), stąd na podstawie art. 557 ustawy pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 przywołanego powyżej rozporządzenia orzeczono, jak w pkt 2. sentencji.