Sygn. akt: KIO 2753/22

WYROK

z dnia 2 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Kuszel - Kowalczyk

Członkowie: Luiza Łamejko, Rafał Malinowski

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 października 2022 r. przez wykonawcę ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad

w Warszawie,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie, Promost Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 11 października 2022 r. dot. wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Skarb Państwa - Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy zero złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Skarbu Państwa - Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie na rzecz odwołującego ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. poz. 2022, 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.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2753/22

Zamawiający Skarb Państwa - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad w Warszawie (dalej jako „Zamawiający") w imieniu której postępowanie prowadzi Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Rzeszowie (dalej jako „Zamawiający") prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, o udzielenie zamówienia na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej ustawa Pzp), pn. „Pełnienie nadzoru nad projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km"., nr postępowania O.RZ.D-3.2410.4.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 czerwca 2022 r. pod numerem 2022/S 107-299478.

W dniu 18 października 2022 r. wykonawca ECM Group Polska S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętej w Postępowaniu na podstawie ustawy Pzp tj. od:

1) oceny udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie;

2) bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 122 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne wezwanie Odwołującego do zastąpienia podmiotów trzecich udostępniających zasoby Odwołującemu o inny podmiot trzeci lub samodzielne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z uznaniem przez Zamawiającego, że podmioty trzecie nie będą brały udziału w realizacji usługi, do realizacji której udostępnione zdolności są wymagane, podczas, gdy przepis ten pozwala na skierowanie takiego wezwania tylko i wyłącznie w sytuacji, gdy podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu

ewentualnie w razie nieuwzględnienia zarzutu opisanego w pkt 1

2) art. 122 w zw. z art. 118 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp oraz art. 65 kc poprzez błędne ocenę i uznanie, że podmioty udostępniające swoje zasoby Odwołującemu nie będą brały udziału w realizacji usług, których wskazane zdolności dotyczą, co skutkowało uznaniem, że Odwołujący nie dysponuje realnie potencjałem podmiotów trzecich a w konsekwencji wezwaniem Odwołującego do zastąpienia tych podmiotów innymi podmiotami lub samodzielnego wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu podczas, gdy prawidłowa ocena winna prowadzić do wniosku, że podmioty trzecie realnie udostępniły swój zasób i będą wykonywały usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 11.10.2022 r.

Odwołujący wnosił również o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa, zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący wskazał:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. Pełnienie nadzoru nad

projektowaniem i realizacją Robót oraz zarządzanie Kontraktem pn.: „Zaprojektowanie i budowa drogi ekspresowej S19 na odcinku od węzła Domaradz (bez węzła) do węzła

Iskrzynia (bez węzła) dł. ok. 12,5 km". Zgodnie z postanowieniami pkt 8.2.4 pkt 1 ppkt a) - d) IDW, Zamawiający postawił m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu: 8.2.4. zdolności technicznej lub zawodowej: 1.dotyczącej Wykonawcy: Wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem, w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług polegających na pełnieniu nadzoru nad realizacją co najmniej: a) 1 zadania polegającego na budowie lub przebudowie dróg lub ulic o klasie drogi lub ulicy min.GP dwujezdniowej o wartości robót co najmniej 200 mln PLN netto, b) budowy lub przebudowy 3 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I, c) budowy lub przebudowy 2 obiektów mostowych o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i długości całkowitej obiektu co najmniej 50 m mierzonej pomiędzy skrajnymi dylatacjami obiektu, d) budowy lub przebudowy 1obiektu mostowego o obciążeniu dla klasy A lub klasy I i rozpiętości teoretycznej przęsła co najmniej 50 m. Odwołujący, na potwierdzenie spełniania warunków przedłożył zobowiązania podmiotów trzecich tj. Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. i R. S. P.H.U. „BAUMARK". W toku postępowania, Zamawiający trzykrotnie wzywał Odwołującego do wyjaśnień w zakresie udostępnienia zasobów, wezwaniami z dnia 22.09.2022r., 28.09.2022r., 04.10.2022r., na które Odwołujący wyczerpująco odpowiedział pismami odpowiednio z dnia 26.09.2022r., 03.10.2022r. i 06.10.2022r. Pismem z dnia 11.10.2022r., Zamawiający działając na podstawie art. 122 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do zastąpienia podmiotów trzecich innymi podmiotami lub wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu samodzielnie. W uzasadnieniu decyzji Zamawiający wskazał: Zamawiający wskazuje w tym miejscu na treść art. 118 ust. 2 ustawy Pzp oraz pkt.

11.2.IDW, zgodnie z którymi w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. W związku z powyższym Wykonawca, który polega na zdolnościach innych podmiotów w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia musi powierzyć realizację usług w zakresie objętym przedmiotowym warunkiem udziału w postępowaniu, tj. w zakresie do realizacji którego te zdolności są wymagane, podmiotom, które zasoby te udostępniają. Zestawiając treść złożonych przez Wykonawcę zobowiązań oraz wyjaśnień, których celem jest udowodnienie Zamawiającemu, że Wykonawca realizując zamówienie będzie dysonował niezbędnymi zasobami na potrzeby realizacji zamówienia, oraz wymogu że podmioty, które te zasoby udostępniają będą wykonywać zamówienie w zakresie, do realizacji którego te zasoby są wymagane, z warunkiem udziału w postępowaniu określonym w pkt 8.2.4.1. SWZ, w ocenie Zamawiającego nie można stwierdzić, że treść zobowiązań oraz wyjaśnień potwierdza, że Wykonawca będzie dysonował zasobami podmiotów trzecich, w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia w części, dla której przedmiotowe zdolności są wymagane. Według Zamawiającego treść zobowiązań złożonych do oferty w zakresie udostępnionych zasobów wraz z wyjaśnieniami, nie pokrywa się z zakresem objętym warunkiem zamówienia określonym w pkt 8.2.4.1. IDW. Korzystanie przez Wykonawcę z udostępnionych zasobów zdolności zawodowych wyłącznie w zakresie wskazanym w zobowiązaniach i wyjaśnieniach, w szczególności do wykonywania usług konsultingowych przez dodatkowych inspektorów nadzoru inwestorskiego polegających na czynnościach określonych w piśmie z dnia 06.10.2022 r. nie stanowi zdaniem Zamawiającego potwierdzenia, że podwykonawca realnie i faktycznie zrealizuje zamówienie, w zakresie dla którego określony został przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia. Udział podmiotów udostępniających zasoby w realizacji zamówienia w zakresie przywołanych w zobowiązaniach i wyjaśnieniach usług nie stanowi potwierdzenia czynnej i pełnej realizacji usługi objętej warunkiem zamówienia określonej w pkt 8.2.4.1. SWZ. Odwołujący wskazuje, że decyzja Zamawiającego jest błędna i nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Odwołujący wskazuje, że z treści wezwania wynika w sposób jednoznaczny, że Zamawiający uznał (z czym Odwołujący się nie zgadza), że podmioty trzecie udostępniające swoje zasoby nie będą realizowały usług, których udostępnione zdolności dotyczą. Tym samym, Zamawiający uznał, że zachodzą podstawy do wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotów trzecich innymi podmiotami lub wykazania spełniania warunków samodzielnie. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 122 ustawy Pzp, na który powołał się Zamawiający formułując wezwanie: Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, 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. Z postanowienia w sposób jednoznaczny wynika, że jego dyspozycją objęte są tylko i wyłącznie dwie sytuacje w odniesieniu do podmiotu trzeciego: 1) podmiot trzeci nie spełnia warunku; 2) podmiot trzeci podlega wykluczeniu. Jak już wskazano powyżej, podstawą decyzji Zamawiającego było uznanie, że podmioty trzecie nie będą brały udziału w realizacji zamówienia. Taka

przesłanka nie jest jednak przewidziana przepisem art. 122 ustawy Pzp, stąd w sposób oczywisty czynność Zamawiającego jest niezgodna z ustawą Pzp i winna zostać unieważniona. W treści uzasadnienia wezwania brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia, że którykolwiek z podmiotów trzecich nie wykazał spełniania warunków udziału w postepowaniu czy też, że podlega wykluczeniu, co oznacza, że brak było podstaw do kierowania wezwania na podstawie art. 122 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe, zarzut należy uznać za zasadny. W razie nieuwzględnienia zarzutu nr 1, w uzasadnieniu zarzutu nr 2, Odwołujący wskazuje: Zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 1 i 2 ustawy Pzp: 1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. 2. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Jak wynika z treści zobowiązania Przedsiębiorstwa Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A., podmiot ten zadeklarował: „Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. przekaże w/w zasoby udzielając pełnego wsparcia merytorycznego Wykonawcy poprzez bezpośrednią realizację przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie do realizacji których te zdolności są wymagane. Przedsiębiorstwo Usług Inwestycyjnych EKO-INWEST S.A. będzie pełniło m.in. usługi branżowego nadzoru inwestorskiego, usługi konsultingowe na rzecz Wykonawcy oraz udzielał stałego doradztwa dotyczącego realizacji przedmiotowej usługi. W ramach pełnionej usługi udostępniający m.in. wyznaczy osoby odpowiedzialne za realizację powierzonych zadań, stałe kontakty, wsparcie i monitorowanie realizowanej usługi na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie udostępniający wskazuje, że również wszyscy Podwykonawcy, którymi posłuży się Wykonawca przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, będą mogli bezpośrednio korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego, na takich samych zasadach jak Wykonawcy. Wykonawca i udostępniający uzgodnili warunki i zasady realizacji zobowiązań wynikających z niniejszego zobowiązania, a współpraca będzie opierać się na umowie cywilnoprawnej - umowa podwykonawcza.” Tożsamą deklarację złożył podmiot R. S. P.H.U. „BAUMARK”: R. S. P.H.U. „BAUMARK” przekaże w/w zasoby udzielając pełnego wsparcia merytorycznego Wykonawcy poprzez bezpośrednią realizację przedmiotu zamówienia w charakterze podwykonawcy w zakresie do realizacji których te zdolności są wymagane. R. S. P.H.U. „BAUMARK” będzie pełniło m.in. usługi branżowego nadzoru inwestorskiego, usługi konsultingowe na rzecz Wykonawcy oraz udzielał stałego doradztwa dotyczącego realizacji przedmiotowej usługi. W ramach pełnionej usługi udostępniający m.in. wyznaczy osoby odpowiedzialne za realizację powierzonych zadań, stałe kontakty, wsparcie i monitorowanie realizowanej usługi na rzecz Zamawiającego. Jednocześnie udostępniający wskazuje, że również wszyscy Podwykonawcy, którymi posłuży się Wykonawca przy realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, będą mogli bezpośrednio korzystać z wiedzy i doświadczenia podmiotu udostępniającego, na takich samych zasadach jak Wykonawca. Wykonawca i udostępniający uzgodnili warunki i zasady realizacji zobowiązań wynikających z niniejszego zobowiązania, a współpraca będzie opierać się na umowie cywilnoprawnej - umowa podwykonawcza. Z treści złożonych zobowiązań w sposób jednoznaczny wynika, że oba podmioty, udostępniając swoje zasoby w zakresie wiedzy i doświadczenia będą brały udział w realizacji usługi. Zgodnie z definicją wskazaną w pkt 8.2.4 IDW: Za usługę polegającą na pełnieniu nadzoru nad realizacją zadania Zamawiający uzna usługę polegającą na zarządzaniu, pełnieniu kontroli i nadzoru inwestorskiego oraz współpracy ze służbami zamawiającego w zakresie sprawozdawczości. Tym samym, za uzasadnioną należy uznać tezę, że realizacja przez podmiot trzeci czynności wskazanych w tej definicji powoduje konieczność uznania, że podmiot trzeci realizuje usługę, do realizacji której udostępnił zasoby. Jak wynika z treści zobowiązań oraz złożonych wyjaśnień, podmioty udostępniające oddelegują do realizacji usługi osoby odpowiedzialne za kontrolę i nadzorowanie robót. Osoby te będą wchodziły w skład zespołu Inżyniera i będą bezpośrednio realizowały część zamówienia. Dodatkowo, podmioty te udostępnią odpowiedni personel, który będzie realizował usługę w zakresie wsparcia merytorycznego we wszystkich sprawach związanych z realizacją usługi, przygotowywał dokumenty kontraktowe. Bezpośredni udział personelu podmiotów trzecich w realizacji usługi powoduje, że brak jest jakichkolwiek podstaw do uznania, że podmioty te nie będą brały udziału w realizacji usługi. Wskazać przy tym należy, że z uzasadnienia decyzji Zamawiającego nie sposób „wyczytać” dlaczego przyjął on, iż taki udział podmiotów trzecich uznaje on za brak spełnienia dyspozycji art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający w sposób sprzeczny z treścią zobowiązań i wyjaśnień doszedł do wybiórczych wniosków, że udział podmiotów trzecich będzie polegał jedynie na wykonywaniu usług konsultingowych, co stoi w sprzeczności z treścią tych dokumentów. Zamawiający, podejmując decyzję, oparł się na nieuzasadnionej tezie, że jedynym udziałem podmiotów trzecich będzie oddelegowanie dodatkowych inspektorów branżowych (co nota bene wypełnia jeden z punktów definicji usługi nadzory przywołanej powyżej), pomijając całkowicie wyjaśnienia Wykonawcy i treść zobowiązań, że podmioty te oddelegują również osoby do kontroli, merytorycznego wsparcia,

przygotowywania dokumentów kontraktowych itp. Udział podmiotów trzecich nie oznacza, że mają oni wykonać pełen zakres usługi, gdyż taka wykładnia art. 118 ust. 2 ustawy Pzp prowadziłaby do sprzeczności z dyspozycją art. 462 ust. 1 ustawy Pzp, która zezwala na powierzenie podwykonawcom realizacji jedynie części przedmiotu zamówienia.

Zamawiający, przed otwarciem rozprawy wniósł odpowiedź na odwołanie w której żądał oddalenia odwołania w całości i przedstawiał własną argumentację.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę stanowiska złożone przez strony postępowania, w tym w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na rzecz Zamawiającego zgłosili przystąpienie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Promost Consulting sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Rzeszowie, Promost Consulting sp. z o.o. z siedzibą w Rzeszowie (dalej Przystępujący).

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba włączyła w poczet materiału dowodowego, dokumentację postępowania.

Izba ustaliła, że:

Stan faktyczny sprawy przedstawiony przez Odwołującego w odwołaniu odpowiada prawdzie, więc nie wymaga powtórzenia.

Jednocześnie Izba wskakuje, że ustalenia przywołane w dalszym uzasadnieniu, również stanowią element ustaleń stanu faktycznego dokonanego przez Izbę.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy i poczynione ustalenia faktyczne, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 122 ustawy Pzp, jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, 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.

W ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, pomimo tego, że Izba co do zasady podziela argumentację Zamawiającego przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie.

W ocenie Izby, niewątpliwie zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowi podmiotowy środek dowodowy składany przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i wykazania oddania wykonawcy przez podmiot trzeci do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. Jako taki, dokument ten podlega rygorom zakreślonym przepisem art. 128 ustawy Pzp, w tym dotyczącym jednokrotności wezwania. Jednocześnie stosownie do art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Mając powyższe na uwadze Zamawiający ma prawo, a nawet obowiązek badania sposobu udostępniania oraz zakresu realizacji m.in. usług przez podmiot udostępniający określone zasoby. Tak więc, element „realności" udostępnienia zasobów, w ocenie Izby mieści się w zakresie badania spełniania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby, abstrahując od oceny składanych przez Odwołującego wyjaśnień przedłożonych zobowiązań i zakreślonego w nich sposobu udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, przedwczesne jest wezwanie do uzupełninia dokumentów wystosowane przez Zamawiającego w dniu 11 października 2022 r. Zgodnie z IDW oraz Rozporządzeniem w sprawie podmiotowych środków dowodowych (...) w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności zawodowej wykonawcy winni złożyć stosowne wykazy usług wraz z tzw. referencjami. Skład orzekający stoi na stanowisku, iż w stanie faktycznym zaistniałym w niniejszej sprawie, Zamawiający powinien dokonywać oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, w sposób kompleksowy - dysponując kompletem informacji w jaki sposób wykonawca postawione warunki zamierza spełnić i wykazać. W niniejszym postępowaniu Zamawiający w pkt 8.2.4. ppkt. 1 IDW SWZ postawił warunek dot. zdolności zawodowej wykonawcy składający się z kilku elementów. Odwołujący przedłożył wraz z ofertą zobowiązania dwóch podmiotów trzecich z których zasobów zamierza skorzystać przy wykazywaniu wymaganej zdolności technicznej. Izba doszła do przekonania, że o ile faktycznie element realności udostępnienia jest elementem badania i oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, tak jak już zostało to wcześniej wskazane, to na tym etapie przedwczesne jest wystosowane przez Zamawiającego wezwanie. Wezwanie to zostało wystosowane niejako abstrakcyjnie, bez dysponowania przez Zamawiającego kompletem informacji konkretyzujących sposób spełniania warunków przez Odwołującego. Wobec tego działanie to może godzić w zasadę równego traktowania wykonawców, gdyż w sytuacji gdyby okazało się, że wykonawca obecnie uzupełni żądane zobowiązania lub zobowiąże się do samodzielnego wykazania warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z zadaniem Zamawiającego), a złożony następnie wykaz usług nie będzie potwierdzał posiadania wymaganych przez Zamawiającego zdolności, Odwołujący w dalszym toku postępowania nie będzie miał już możliwości uzupełnienia tych dokumentów. Izba miała na względzie również fakt, iż wystosowanie wezwania do uzupełnienia dokumentów co do zasady możliwe jest jeden raz, a Zamawiający w takim wezwaniu winien skonkretyzować braki dostrzeżone w danym dokumencie w odniesieniu do postawionych przez siebie warunków udziału, rozdzielenie oceny spełniania warunków na dwa etapy, tak jak to czyni Zamawiający w przypadku Odwołującego polegającego na zasobach podmiotu trzeciego, może uniemożliwić Odwołującemu reakcję adekwatną do stwierdzonych braków, gdyż będzie on już związany wcześniejszymi deklaracjami, a tym samym pozbawić go możliwości uzyskania zamówienia. Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na

podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1)

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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....