

WYROK

z dnia 7 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania
wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 października 2022 r. przez
wykonawcę: HMK sp. z o.o., ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Sławków, Rynek 1, 41-260

Sławków,

przy udziale wykonawcy EKOINDUSTRY sp. z o.o., Al. Walentego Roździeńskiego
188/222, 40-203 Katowice, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po
stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: HMK sp. z o.o., ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: HMK sp. z o.o., ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od odwołującego: HMK sp. z o.o., ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna, na rzecz zamawiającego: Gminy Sławków, Rynek 1, 41-260 Sławków, kwotę 3 929 zł 80 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia dziewięć złotych osiemdziesiąt 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 (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 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 2804/22

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Sławków, Rynek 1, 41-260 Sławków, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kontenerowej oczyszczalni ścieków dla centrum miasta Sławkowa”, numer referencyjny: ZP.271.12.2022. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16.08.2022 r., nr 2022/BZP 00306781/01.

W dniu 24.10.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę HMK sp. z o.o., ul. Dworcowa 13, 43-200 Pszczyna (dalej: „odwołujący”), w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 239 ust. 1 i 2 w zw. z art. 118 ust. 2, 3 i 4 oraz art. 128 ust. 1 i 3 w zw. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, polegające na wyborze oferty złożonej przez EKOINDUSTRY sp. z o.o., w sytuacji gdy podlega ona odrzuceniu, albowiem ww. spółka nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

W szczególności odwołujący wskazał, że w pierwotnym opisie warunku udziału w postępowaniu zamawiający żądał wykazania wykonania 1 roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 600m³/d wraz z rozruchem, a następnie dokonał modyfikacji specyfikacji warunków zamówienia w ten sposób, że żądał wykazania roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków, przewidzianej do obsługi liczby mieszkańców nie mniejszej niż 400 równoważnej liczby mieszkańców, w rozumieniu art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo wodne. Spółka EKOINDUSTRY powołała się na zasoby innego podmiotu, przy czym najpierw przedłożyła dokumenty odnoszące się do pierwotnej treści warunku, a następnie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego - dokumenty odnoszące się do zmienionej treści warunku, ale wystawione po terminie składania ofert. W związku z tym odwołujący podniósł w dalszej części odwołania w szczególności: „Z wyżej opisywanego stanu faktycznego wynika, że wraz z ofertą nie zostało złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego. (...) Rzeczne zobowiązanie złożone natomiast zostało już po terminie zamknięcia ofert oraz datowane jest dzień 23 września 2022 roku. (...) Tym samym zobowiązanie podmiotów trzecich udostępniających wykonawcy posiadane zasoby należy traktować jak podmiotowe środki dowodowe, w związku z powyższym stosuje się do nich odpowiednio postanowienia art. 128 ust. 1 i ust. 4 PZP. Niemniej zgodnie z dyspozycją art. 118 ust. 3 PZP zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby składa się wraz z ofertą, a więc ewentualne jego uzupełnienie musi potwierdzać stan na dzień składania ofert. Powyższe potwierdza również art. 128 ust. 2 PZP, który nie wymienia ani JEDZ, ani innych dokumentów i oświadczeń składanych w postępowaniu, a który wskazuje, że wykonawca składa aktualne na dzień ich złożenia tylko podmiotowe środki dowodowe. Natomiast wymieniony również w art. 128 ust. 1 PZP JEDZ oraz inne dokumenty i oświadczenia muszą być aktualne na dzień składania ofert. Tym samym, zobowiązanie podmiotu trzeciego datowane na dzień 23 września 2022 roku, nie spełnia wyżej wskazywanych standardów. (...)”

W nawiązaniu do powyższego, wskazać należy, że zobowiązanie podmiotu trzeciego z dnia 23-09-2022 roku wraz z uzupełnionymi oświadczeniami Wykonawcy oraz podmiotu trzeciego dotyczące udostępnianych zasobów nie tylko nie wskazują rzeczywistego ich zakresu, ale również sporządzone zostały w sposób nieprawidłowy, a zatem jako takie nie mogą stanowić dowodu potwierdzającego zdolności Wykonawcy. (...) Z treści oświadczenia obu spółek wynika, że EKOINDUSTRY Sp. z o.o. bazuje na wiedzy i doświadczeniu CONTROL PROCESS WWTP Sp. z o.o., która jednocześnie ma wykonać bliżej nieokreśloną część robót budowlanych. (...)

W tym miejscu należy podkreślić, że budowa oczyszczalni ścieków to bardzo złożony proces budowlany, w ramach którego realizowany zakres prac dotyczy wielu specjalistycznych branż budowlanych tj. robót ziemnych, hydrotechnicznych, konstrukcyjnych, technologicznych, elektrycznych i AKPiA. Na samym końcu ma miejsce rozruch technologiczny. Każda z wymienionych robót budowlanych wymaga specjalistycznej

wiedzy i doświadczenia przy realizacji budowy/przebudowy/rozbudowy oczyszczalni ścieków, m.in. z uwagi na potrzebę osiągnięcia efektu ekologicznego, jakim jest ściek oczyszczony, zgodny z obowiązującym pozwoleniem wodnoprawnym. Wyżej określony zakres prac winien zostać zrealizowany przez Wykonawcę posiadającego odpowiednie doświadczenie, ponieważ wyłącznie odpowiednia koordynacja i wiedza gwarantują uzyskanie wymaganego efektu ekologicznego. W oparciu o oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby tj. CONTROL PROCESS WWTP Sp. z o.o. nie można ocenić, jaki będzie wkład tegoż w budowę oczyszczalni bo też wskazano, iż ten wykona tylko część prac w zakresie budowy oczyszczalni ścieków. Takowe wskazanie nie tylko stoi w sprzeczności z wymaganiami SWZ, oraz w art. 118 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, ale też nie sposób w zakresie niniejszego ocenić czy podmiot udostępniający zasoby będzie realizował zamówienie w tej części w jakiej wymagano doświadczenia. (...)

Końcowo, należy zaznaczyć, iż Zamawiający wielokrotnie kierował wezwaniem do wyjaśnień i uzupełnienia braków do Wykonawcy, to jest za pismami z dnia 20-09-2022 roku, 23-09-2022 roku, 13-10-2022 roku, wszystkie dotyczące potwierdzenia warunków uczestnictwa w postępowaniu. Zamawiający wykorzystał już wszystkie tryby wskazywane w

PZP umożliwiające wezwanie Wykonawcy do udowodnienia iż legitymuje się on stosownymi środkami. Wykonawca ma szansę na uzupełnienie lub poprawienie złożonych dokumentów jeden raz w zakresie wskazanym przez zamawiającego w wezwaniu. (...)

W tym stanie rzeczy doszło do naruszenia wskazywanych w zarzutach przepisów, albowiem Wykonawca nie przedłożył prawidłowo sporządzonej dokumentacji (zarówno zobowiązania podmiotu trzeciego, jak i oświadczeń) potwierdzającej iż spełnił on warunki udziału w postępowaniu. Dodatkowo, z ich treści nie wynika jakie dokładnie prace ma wykonać podmiot trzeci, na zasobach którego bazuje Wykonawca, a co jest niezbędne celem udowodnienia faktycznego jego udziału. (...)

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty EKOINDUSTRY sp. z o.o.,
- 2) odrzucenia oferty ww. wykonawcy,
- 3) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 28.10.2022 r. wykonawca EKOINDUSTRY sp. z o.o., Al. Walentego Różdzieńskiego 188/222, 40-203 Katowice (dalej: „przystępujący”), zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 04.11.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie. Pismem z dnia 06.11.2022 r. również przystępujący przedstawił swoją argumentację.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest budowa kontenerowej oczyszczalni ścieków dla centrum miasta Sławkowa.

W rozdziale XII specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) zamawiający wymagał wykazania, że wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończył co najmniej: 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 600m³/d wraz z rozruchem.

Pismem z dnia 26.08.2022 r. zamawiający dokonał zmiany SWZ w zakresie m.in. ww.

warunku udziału w postępowaniu w następujący sposób:

Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej oraz prawidłowo ukończył co najmniej: 1 robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków, przewidzianej do obsługi liczby mieszkańców nie mniejszej niż 400 równoważnej liczby mieszkańców, w rozumieniu art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne.

Jednocześnie zamawiający zmienił termin składania ofert na 15.09.2022 r.

Przystępujący złożył ofertę, w której przewidział korzystanie z podwykonawców i dołączył do niej m.in.

- oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp (załącznik nr 2) z dnia 13.09.2022 r., w którym m.in. wskazał, że korzysta z zasobów innego podmiotu w zakresie: „Udostępniane zasoby: Należyte wykonanie jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 600m³/d wraz z rozruchem”,
- oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy Pzp (załącznik nr 3), tj. CONTROL PROCESS WWTP sp. z o.o. z dnia 12.09.2022 r. o niepodleganiu wykluczeniu, w którym wskazano także: „Udostępniane zasoby: Należyte wykonanie jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków o przepustowości co najmniej 600m³/d wraz - z rozruchem”.

Pismem z dnia 20.09.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w zakresie ww. oświadczeń wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień: „Skąd wynika rozbieżność pomiędzy zakresem udostępnianych zasobów a aktualnym brzmieniem warunku udziału w postępowaniu?” Ponadto zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Pismem z dnia 23.09.2022 r. przystępujący odpowiedział, że dokumenty odnoszące się do nieaktualnej treści warunku zostały sporządzone przed dokonaniem modyfikacji SWZ i przez omyłkę zostały dołączone do oferty. Ponadto przystępujący dołączył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby z dnia 23.09.2022 r. o treści:

- „Zakres zasobów, jakie udostępniamy Wykonawcy: (...) Wykonania w okresie ostatnich 5 lat jednej roboty budowlanej polegającej na budowie lub przebudowie lub rozbudowie oczyszczalni ścieków, przewidzianej do obsługi liczby mieszkańców nie mniejszej niż 400 równoważnej liczby mieszkańców, w rozumieniu art. 86 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne”.
- „Charakter stosunku, jaki będzie nas łączył z Wykonawcą: - Umowa o podwykonawstwie zawarta na cały okres realizacji zamówienia aż do jego zakończenia, - Podstawowe zobowiązania podmiotu udostępniającego potencjał: Zobowiązanie do kompleksowej realizacji wymienionych w umowie części zamówienia powierzonych podmiotowi udostępniającemu potencjał w terminie wskazanym w harmonogramie realizacji przedmiotu zamówienia”,
- „Okres naszego udziału w wykonywaniu zamówienia: - Cały okres realizacji zamówienia, aż do jego zakończenia, - Czynności w ramach zamówienia jakie zostaną powierzone podmiotowi trzeciemu: część prac w zakresie budowy oczyszczalni ścieków”.

Pismem z dnia 23.09.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp i oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby (załączniki nr 2 i 3) o aktualną treść warunku udziału w postępowaniu.

Pismem z dnia 27.09.2022 r. przystępujący uzupełnił oba oświadczenia, o których mowa w art. 125 ust. 1 i 5 ustawy Pzp (załączniki nr 2 i 3) o prawidłową treść.

Pismem z dnia 13.10.2022 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust 4 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby: „czy na dzień składania ofert podmiot trzeci zobowiązał się w stosunku do wykonawcy, że odda mu do dyspozycji niezbędne zasoby na potrzeby realizacji zamówienia (na zobowiązaniu podmiot trzeci wstawił datę 23 września 2022 r. a zatem datę po terminie składania ofert)”.

Pismem z dnia 17.10.2022 r. przystępujący oświadczył, że podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się w stosunku do niego na dzień składania ofert, iż odda mu do dyspozycji niezbędne zasoby, a także dołączył oświadczenie ww. podmiotu z dnia 17.10.2022 r. o treści: „Działając w imieniu CONTROL PROCESS WWTP Sp. z o.o., niniejszym oświadczam, iż występując jako podmiot trzeci Wykonawcy EKOINDUSTRY Sp. z o.o. na dzień składania ofert w postępowaniu pn.: „Budowa kontenerowej oczyszczalni ścieków dla centrum miasta Sławkowa” (...), CONTROL PROCESS WWTP Sp. z o.o. zobowiązała się do oddania Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”.

Pismem z dnia 19.10.2022 r. zamawiający poinformował o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

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

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 118 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 wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
3. 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.
4. Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa w ust. 3, 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.

Zgodnie z art. 128 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp:

1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
 - 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
 - 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.
2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.
4. Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

W niniejszej sprawie bezsporne jest to, że zobowiązanie o udostępnieniu zasobów składa się wraz z ofertą (art. 118 ust. 3 ustawy Pzp) i że przystępujący, mimo dołączenia do oferty oświadczeń w formie załączników nr 2 i 3, z których wynikało, że zamierza korzystać z zasobów innego podmiotu, nie dołączył jednak do oferty zobowiązania tego podmiotu. Bezsporne jest też to, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest podmiotowym środkiem dowodowym, co wynika z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp i co stwierdził także odwołujący w swoim odwołaniu.

Wobec wyżej wskazanych bezspornych faktów, należy zatem stwierdzić, że w opisanej sytuacji zastosowanie znajduje art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, który obliguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia podmiotowego środka dowodowego, który uprzednio nie został złożony. W przedmiotowej sprawie zamawiający wypełnił ww. obowiązek, zaś przystępujący w odpowiedzi na wezwanie, złożył zobowiązanie datowane na dzień 23.09.2022 r., tj. 8 dni po upływie terminu składania ofert.

Należy jednak zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 128 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, mają one być aktualne na dzień ich złożenia. Wykonawca ma zatem spełniać warunek udziału w postępowaniu w dniu składania ofert, niemniej jednak złożony na potwierdzenie tego stanu środek dowodowy ma być aktualny na dzień jego złożenia. Jak słusznie wskazano w wyroku z dnia 11.01.2022 r. (sygn. akt KIO 3753/21): „Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert”. Tym samym fakt, że złożone w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zawiera datę 23.09.2022 r., a nie datę składania ofert, nie oznacza automatycznie, że zobowiązanie to jest wadliwe. W niniejszej sprawie przystępujący od dnia złożenia oferty wykazywał zamiar korzystania z zasobów konkretnego podmiotu i zobowiązanie tego właśnie podmiotu zostało złożone w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Dodatkowo należy też zauważyć, że zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i w odpowiedzi przystępujący złożył m.in. oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, w którym podmiot ten potwierdził, że zobowiązał się do oddania przystępującemu niezbędnych zasobów już na dzień składania ofert. Zatem wskazanie daty 23.09.2022 r. w ww. zobowiązaniu nie przesądza o tym, że przystępujący nie dysponował zasobami w dniu składania ofert.

W tym stanie rzeczy Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący wadliwości zobowiązania złożonego przez przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na wskazaną w nim datę, nie potwierdził się.

Niezależnie od powyższego, nie można zgodzić się z odwołującym, że z uwagi na wielokrotne wzywianie przystępującego do wyjaśnienia, poprawienia lub złożenia dokumentów w ww. zakresie, doszło do naruszenia art. 16 ustawy Pzp. Po pierwsze, należy zauważyć, że zamawiający tylko raz wezwał przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia brakującego zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, zatem nie doszło w tym przypadku do naruszenia zasady jednokrotności wezwania. Po drugie, zamawiający wezwał przystępującego również w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia oświadczeń z art. 125 ust. 1 i 5 ustawy Pzp o aktualną treść warunku udziału w postępowaniu, jednakże wezwanie to dotyczyło innych dokumentów niż zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, zatem nie można uznać, że naruszona została zasada jednokrotności wezwania. Stosowanie tej zasady polega bowiem, jak jednolicie wskazuje się w orzecznictwie i poglądach doktryny, na jednokrotnym wezwaniu w zakresie konkretnego dokumentu, czy nawet konkretnej informacji zawartej w danym dokumencie, nie zaś na jednokrotnym wzywaniu danego wykonawcy w ogóle. W tym wypadku oba wezwania dokonane w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp dotyczyły zupełnie innych dokumentów, zatem działanie zamawiającego było zgodne z ww. zasadą. Po trzecie, zamawiający wzywał przystępującego w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w sprawie nieaktualnej treści warunku udziału w postępowaniu w złożonych oświadczeniach oraz w sprawie potwierdzenia, że wskazany podmiot udostępnił przystępującemu zasoby już w dniu składania ofert, jednakże zasada jednokrotności wezwania nie odnosi się do wzywania do złożenia wyjaśnień, a ponadto skierowanie tych wezwań do przystępującego było potrzebne zamawiającemu do rozwiania powziętych przez niego wątpliwości w sprawie. Wszystkie ww. wezwania w przedmiotowej sprawie były zatem dokonane zgodnie z art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, nie naruszały zasady jednokrotności wezwania, nie prowadziły do niedopuszczalnego w świetle obowiązujących przepisów konwalidowania dokumentów złożonych przez przystępującego i w konsekwencji nie stanowiły pogwałcenia podstawowych zasad udzielania zamówień, o których mowa w art. 16 ustawy Pzp.

Odnosząc się do drugiego z zarzutów podniesionych w odwołaniu, dotyczącego zakresu udostępnienia przystępującemu zasobów, należy przytoczyć treść złożonego zobowiązania, w którym wskazano m.in.: „Zobowiązanie do kompleksowej realizacji wymienionych w umowie części zamówienia” oraz „część prac w zakresie budowy oczyszczalni ścieków”. W zobowiązaniu mowa jest więc o „części zamówienia” oraz o „części prac w zakresie budowy”.

W tym miejscu należy zwrócić uwagę na rozdział III swz, z którego wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje projektowanie, wykonanie robót budowlanych, dostawy, roboty odtworzeniowe, szkolenie i rozruch. Na przedmiot zamówienia składały się zatem różnego rodzaju „prace”, stanowiące roboty budowlane, usługi lub dostawy, będące „częściami” tego zamówienia, nie zaś wyłącznie roboty budowlane. Natomiast warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy odnosił się wyłącznie do robót budowlanych dotyczących oczyszczalni ścieków.

W świetle powyższego zawarte w zobowiązaniu i przytoczone wyżej sformułowania należy rozumieć w ten sposób, że podmiot udostępniający zasoby udostępnił je w zakresie tych „części zamówienia” czy „części prac”, które dotyczyły budowy oczyszczalni ścieków, czyli w zakresie robót budowlanych. Treść zobowiązania nie oznacza zatem, że zasoby zostały udostępnione w zbyt wąskim, czy niedookreślonym zakresie, ale że zostały udostępnione w zakresie takim, jak wskazany w opisie warunku, czyli w zakresie robót budowlanych. Należy przy tym zauważyć, że w warunku nie przewidziano żadnego konkretnego rodzaju robót, których realizację wykonawca miał wykazać, a jedynie robotę budowlaną polegającą na budowie / przebudowie / rozbudowie oczyszczalni ścieków obsługującej określoną liczbę mieszkańców. W konsekwencji udostępnione zasoby również nie musiały dotyczyć żadnych szczególnych robót, a jedynie musiały polegać na wykonaniu robót w zakresie oczyszczalni ścieków. Taki też zakres został wskazany w ww. zobowiązaniu.

Z uwagi na powyższe, Izba stwierdziła, że zarzut dotyczący braku precyzyjnego wskazania w treści zobowiązania zakresu udostępnionych zasobów, co miałoby skutkować brakiem rzeczywistego udostępniania tych zasobów, nie potwierdził się.

W konsekwencji uznania zarzutów odwołującego za niezasadne Izba stwierdziła, że oferta przystępującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z powodu okoliczności wskazanych w odwołaniu. Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 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). Do kosztów postępowania zaliczono wpis od odwołania (10.000,00 zł), wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego (3.600,00 zł) oraz koszty dojazdu na rozprawę przez zamawiającego (4 bilety kolejowe łącznie na kwotę 329,80 zł).

Przewodniczący

KIO 2804/22