Sygn. akt: KIO 981/23

WYROK z dnia 20 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 kwietnia 2023 r. przez Odwołującego D. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BUDAMAR D. J., ul. A. Zgrzebnioka 2/9, 41-705 Ruda Śląska, w postępowaniu prowadzonym przez

Zamawiającego – Miasto Ruda Śląska, Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. 1 Maja 218, 41-710 Ruda Śląska

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność z dnia 31.03.2023 r. polegającą na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Ustawy oraz unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 Ustawy i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, w tym nakazuje wezwać Odwołującego na podstawie art. 122 Ustawy do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale XIX pkt 3 swz.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem kosztów pełnomocnika Odwołującego,

2.2 zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 13.600 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 981/23

U z a s a d n i e n i e

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Mieszkaniowej Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej, w trybie podstawowym bez negocjacji na przebudowę budynku przy ul. Henryka Sienkiewicza 13 A w Rudzie Śląskiej (sygn. postępowania: TIR/02/RB/TP/2023),

ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.01.2023 r., 2023/BZP 00028653/01, wobec czynności z 31.03.2023 r. polegających na odrzuceniu oferty i unieważnieniu postępowania, Wykonawca D. J. – BUDAMAR D. J. (Odwołujący) wniósł w dniu 05.04.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 981/23).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa:

1. art. 118 ust. 2 i 3 Pzp w zw. z art. 122 Pzp w zakresie w jakim Zamawiający dowolnie uznał, że podwykonawca DOMB S.A. będzie świadczył robotę budowlaną jedynie w wąskim zakresie doradztwa – gdy tymczasem, zgodnie z oświadczeniem Wykonawcy, robota ta rozciąga się także na faktyczne wykonywanie zamówienia (wykonywanie robót budowlanych) oraz uznanie, że w przypadku gdy Zamawiający nie uwzględni udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, Wykonawca nie może wykazać, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu;

2. art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 2 Pzp przez brak wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących pisma z 24 lutego 2023 r. w zakresie w jakim Wykonawca oświadczył, że w ofercie znalazła się oczywista omyłka pisarska, którą prostuje poprzez dodanie słów „i wykonywanie robót budowlanych” oraz wynikającego z tego

niesprostowania oczywistej omyłki pisarskiej, pomimo wyraźnego oświadczenia Wykonawcy złożonego w piśmie z dnia 24 lutego 2023 r. o sprostowaniu oczywistej omyłki pisarskiej;

3. fd) Pzp oraz art. 255 pkt 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Wykonawcy i unieważnienie postępowania, pomimo

iż Wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta była najkorzystniejsza.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienia postępowania, a także nakazanie powtórzenia oceny i badania ofert, w tym wyjaśnienia oferty Odwołującego i poprawienia omyłki, względnie nakazanie wezwania Odwołującego do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odniósł się do pisma z 24.02.2023 r., w którym samodzielnie wskazał na omyłkę pisarską w redakcji złożonego oświadczenia dotyczącego

udostępnionego Wykonawcy doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych o treści „Pełnienie funkcji doradczych w zakresie udostępnionego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych". Prawidłowy fragment tekstu powinien brzmieć: „Pełnienie funkcji doradczych w zakresie udostępnionego doświadczenia i wykonywanie robót budowlanych". Zamawiający przy ocenie oferty pominął pismo Wykonawcy i zaniechał wezwania do wyjaśnienia faktu popełnienia omyłki pisarskiej. Powyższe zaniechanie czynić ma odwołanie zasadnym.

Uzasadnienie odrzucenia oferty Wykonawcy wskazuje na wątpliwości, jakie miał Zamawiający w zakresie ustalenia rzeczywistego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego.

Odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Pzp nie jest możliwe bez wezwania do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia lub wyjaśnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, jeżeli wykonawca nie złożył zobowiązania, zobowiązanie zawiera błędy, jest niekompletne lub budzi wątpliwości zamawiającego.

Odwołujący złożył oświadczenie podmiotu trzeciego, z którego wynikało, iż jego udział obejmuje wykonanie robót budowlanych, a złożone sprostowanie dodatkowo potwierdzało, że podmiot trzeci będzie bezpośrednio brał udział w wykonaniu robót budowlanych. Zamawiający zobowiązany był do poprawienia omyłki pisarskiej oraz poprawienia treści oferty w zakresie, w którym Odwołujący powołał się na współpracę z podmiotem trzecim.

Odwołujący wskazał na analogiczne pod względem warunków udziału postępowanie prowadzone przez Zamawiającego, w którym Odwołujący również potwierdził, iż samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu, co zostało przez Zamawiającego przyjęte. Świadczyć ma to o tym, iż Zamawiający wie, iż Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Uznając, iż dokumenty dotyczące DOMB S.A. są niewystarczające do potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postepowaniu Zamawiający zobowiązany był na podstawie art. 122 wezwać Wykonawcę do zastąpienia tego podmiotu innym lub do wykazania, iż samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Brak wskazania w ofercie zakresu podwykonawstwa nie ma znaczenia, gdyż przy braku zastrzeżenia przez Zamawiającego części zamówienia do osobistego wykonania, powierzenie robót podwykonawcy ma jedynie charakter informacyjny i nie wpływa na prawidłowość sporządzenia oferty. Wykonawca mógł zatem powołać się na zasoby innego podmiotu niż wskazany w ofercie mimo braku zadeklarowania w ofercie zamiaru powierzenia zadań podwykonawcy, a tym bardziej na zasoby własne.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania (pismo z 18.04.2023 r.).

Zamawiający uznał, iż treść zobowiązania podmiotu na zasoby, którego powołał się Odwołujący, nie potwierdza, iż Wykonawca dysponuje tymi zasobami w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia, w zakresie, dla którego przedmiotowe zdolności były wymagane. Zamawiający przeanalizował zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone wraz z ofertą i później na wezwanie. Z zobowiązania wynikało, iż podmiot miał jedynie pełnić funkcje doradcze podczas realizacji zamówienia i nie został wykazany jakikolwiek zakres robót, który podmiot miałby wykonać, jako podwykonawca (art. 118 ust. 2 Ustawy). Również z formularza oferty nie wynika fakt powierzenia części robót podwykonawcy. Oświadczenia dotyczące udziału podmiotu trzeciego mogą ulegać korekcie w toku badania spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale nie mogą prowadzić do zmiany formularza ofertowego, czyli oferty. Zmiana taka miałaby charakter istotny, gdyż dotyczyłaby zakresu i sposobu realizacji zamówienia wskazanego w ofercie.

Odwołujący w piśmie z 24.02.2023 r. wskazał na poprawienie omyłki pisarskiej w oświadczeniu woli podmiotu trzeciego, co nie mogło odnieść skutku zarówno z tej przyczyny, iż stanowiło o ingerencji w oświadczenie innego podmiotu, jak również prowadziłoby do zmiany treści formularza ofertowego.

Wykonawcy została wezwany na podstawie art. 274 Ustawy do uzupełnienia wymaganych dokumentów i Zamawiający uznał, iż nie ma możliwości ponownego wezwania, tym bardziej, iż nie chodziło o doprecyzowanie robót budowlanych, jakie podmiot trzeci miałby wykonać.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu.

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym specyfikację warunków zamówienia, ofertę Odwołującego i dokumenty złożone w postępowaniu przetargowym, w zakresie związanym z podstawą zarzutów odwołania.

Izba ustaliła i zważyła.

Zgodnie z rozdziałem XVI pkt 3.1 swz wraz z ofertą Wykonawca składał oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania oraz o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z załącznikiem nr 2), a także oświadczenie podmiotu udostepniającego zasoby potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby, wraz z zobowiązaniem tego podmiotu do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W rozdziale XVIII swz Zamawiający zamieścił wymagania związane z udziałem podwykonawców w realizacji zamówienia wskazując, m.in. na obowiązek wskazania w ofercie części zamówienia, jaka miałaby być powierzona do wykonania podwykonawcy oraz nazwy podwykonawcy, jeżeli jest znany. Pozostawienie formularz oferty niewypełnionego oznaczać miało dla Zamawiającego, iż zamówienie zostanie wykonane siłami własnymi, tj. bez udziału podwykonawców.

W rozdziale XIX swz pkt 3 Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek dotyczący doświadczenia w realizacji 2 robót budowlanych polegających na wymianie instalacji elektrycznej, robotach tynkarskich i malarskich, wymianie stolarki drzwiowej i okiennej, wymianie instalacji wod-kan, wykonaniu instalacji c.o. o łącznej wartości co najmniej 100 000 zł brutto (niezależnie od ilości zadań, na które składana jest oferta). Podmiotowe środki dowodowe składane miały być na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę najwyżej ocenionego (pkt 4.1 i 4.2). W sytuacji wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, jak również polegania na zasobach innego podmiotu na zasadach określonych w art. 118 ustawy, warunek ten musi zostać spełniony w całości przez wykonawcę (jednego z wykonawców wspólnie składających ofertę) lub podmiot, na którego zdolności powołuje się w tym zakresie wykonawca – brak możliwości sumowania zasobów w zakresie doświadczenia.

W rozdziale XX pkt 2 swz Zamawiający w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia (ust. 3.4 rozdział XIX swz) określił, iż Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostepniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

W formularzu oferty Odwołujący w pkt 4 oświadczył, iż całość zamówienia zamierza wykonać siłami własnymi bez udziału podwykonawców. Do oferty załączył oświadczenie dotyczące podmiotu, na którego zasoby powołuje się, tj. DOMB S.A. z siedzibą w Chorzowie o braku podstaw do jego wykluczenia z postępowania. Wykonawca wskazał, iż polega na zasobach tego podmiotu w zakresie wykazania spełnienia warunku udziału w postepowaniu dotyczącego doświadczenia, potwierdzone załączonymi referencjami. Załącznikiem nr 3 do

oferty jest oświadczenie podmiotu udostępniającego swoje zasoby o braku podstaw do wykluczenia oraz o udostępnieniu zasobu – doświadczenia w wykonaniu robót budowlanych w zakresie wymaganym w postępowaniu zgodnie z warunkiem opisanym w rozdziale XIX ust. 3.4 swz. Zasób doświadczenia potwierdzony referencjami został udostępniony na cały okres wykonania zamówienia. W pkt dotyczącym pytania o zakres robót, jaki miałby być powiązany z udostępnionym zasobem i zrealizowany, podmiot udostępniający wskazał na: pełnienie funkcji doradczych w zakresie udostępnionego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych.

W dniu 8.02.2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 274 ust. 1 Ustawy do złożenia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w pkt 4.1 i 4.2 rozdziału XIX swz, w tym m.in. dokumentu (zobowiązania) podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji, o ile Wykonawca korzysta ze zdolności lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy.

W odpowiedzi, w dniu 13.02.2023 r. Wykonawca przesłał Zamawiającemu, m.in. wykaz robót wraz z tym samym zobowiązaniem (o tej samej treści) co złożone w ofercie z dnia 30.01.2023 r. oraz referencje dla dwóch robót wskazanych w wykazie robót.

Wykonawca poinformował następnie Zamawiającego, iż w dniu 24.02.2023 r. zauważył oczywistą omyłkę pisarską w pkt 3 zobowiązania podmiotu udostępniającego doświadczenie wskazując na poprawny tekst bez omyłki: pełnienie funkcji doradczych w zakresie udostępnionego i wykonywanie robót budowlanych. W odrębnym piśmie z 24.02.2023 r. Wykonawca wystąpił do Zamawiającego o poprawienie oczywistej omyłki pisarskiej

Zamawiający w piśmie z 31.03.2023 r. informującym o podstawach odrzucenia oferty Odwołującego, jak i o unieważnieniu postępowania odniósł się do dokumentów, których ocena prowadzić miała do uznania, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Ponieważ ze złożonego zobowiązania podmiotu udostępniającego swoje zasoby (załączonego do oferty i złożonego na wezwanie) wynikało, iż podmiot ten miał jedynie pełnić funkcje doradcze podczas realizacji zamówienia i brak było wykazania zakresu robót budowlanych, Zamawiający uznał, iż Wykonawca rzeczywiście nie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego. Wymóg wykonania części zamówienia, z którym wiąże się udostępniany zasób należy rozumieć, jako obowiązek faktycznej realizacji części zamówienia w charakterze podwykonawcy lub przy udziale wykonawcy, np. poprzez oddelegowanie przez podmiot trzeci swoich pracowników wraz z niezbędnym know-how do bezpośredniej realizacji zamówienia. W treści zobowiązania złożone zostało oświadczenie, iż podmiot ten nie będzie brał udziału w realizacji części zamówienia związanego z wykonaniem konkretnych robót budowlanych, zawiera jedynie oświadczenie o udostępnieniu

Wykonawcy doświadczenia dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jednocześnie sam Wykonawca w formularzu oferty wskazał, iż nie będzie zlecał wykonania części prac podwykonawcy. Udostępnienie potencjału miało na celu jedynie potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a nie realne wsparcie w realizacji zamówienia. Zamawiający uznał, iż nie było podstaw do zastosowania art. 122 Pzp (zastąpienia podmiotu trzeciego, gdy zasoby podmiotu pierwotnie wskazanego w ofercie nie spełniają warunków udziału w postępowaniu), jeśli przy udostępnianiu potencjału odnośnie do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów nie potwierdza, że zrealizuje on roboty lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zasadniczym dla przedmiotu rozstrzygnięcia jest uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Ustawy odnoszące się do oceny zobowiązania do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, jako dokumentu złożonego w celu wykazania, iż Odwołujący na dzień składania oferty realnie dysponował potencjałem podmiotu trzeciego DOMB S.A. w zakresie doświadczenia spełniającego warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdziale XIX pkt 3 swz.

Strony różniły się tak w ocenie treści samego zobowiązania i możliwości stwierdzenia, czy podmiot ten będzie uczestniczył w realizacji robót budowlanych, w zakresie których udostępnione doświadczenie jest niezbędne, jak również uznania za dopuszczalne i konieczne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Należy zauważyć, iż Zamawiający wskazując na niezgodność oświadczeń podmiotu trzeciego co do jego udziału w realizacji robót z treścią oferty Odwołującego, w której nie została zadeklarowana realizacja zamówienia z udziałem podwykonawcy, nie odrzucił oferty jako niezgodnej z treścią swz, jak również nie stwierdził w oparciu o tą okoliczność, aby uzasadnione było wezwanie do wyjaśnień, czy też dokonanie korekty oświadczenia Wykonawcy. Tym samym Izba nie ocenia tej okoliczności w kontekście możliwości wywodzenia na jej podstawie innych konsekwencji dla Wykonawcy w postępowaniu przetargowym. Rozstrzygnięcie sporu sprowadza się wyłącznie do oceny zasadności decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego w kontekście braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Odnosząc się zatem do treści zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia Wykonawcy swojego potencjału na czas realizacji zamówienia, należy odnotować, iż

Zamawiający oceniał dokument, który został złożony w ofercie i na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 ust. 1 Ustawy, które kierowane było wyłącznie do wykonawcy najwyżej ocenionego w ramach procedury odwróconej badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Co istotne, Zamawiający nie wzywał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy to na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy czy też na podstawie art. 122 Ustawy. Brak takiego wezwania Zamawiający tłumaczył tym, iż uzupełnienie dokumentu (jak również korekta oświadczenia podmiotu trzeciego) prowadzić miałaby do modyfikacji treści oferty, w której Wykonawca wprost zadeklarował, iż wykona zamówienie w całości bez udziału podwykonawcy.

Odnosząc się do tego aspektu decyzji Zamawiającego skład orzekający wskazuje, iż interpretacja przepisów w zakresie obowiązku zagwarantowania i wykazania, iż podmiot udostępniający swoje doświadczenie będzie faktycznie uczestniczył w realizacji robót lub usług, dla których to doświadczenie jest konieczne, jest prawidłowa (art. 118 ust. 2 Ustawy). W całości należy podzielić tezy prezentowane tak w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, jak i w odpowiedzi na odwołanie, prezentowane z wybranych orzeczeń Krajowej Izby Odwoławczej. Nie jest możliwe uznanie za realnie dostępne dla wykonawcy doświadczenie podmiotu trzeciego, jakim wykazuje się w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bez wykazania w jaki sposób wykonawca miałby skorzystać z tej wiedzy na etapie realizacji zamówienia. Wskazanie na udział podmiotu trzeciego w realizacji prac, czy to w charakterze podwykonawcy, czy też przez skierowanie personelu do wykonania poszczególnych robót, pozwala uznać, iż wykonawca który sam nie może wykazać się koniecznym doświadczeniem będzie realnie korzystał z zasobów podmiotu, który takie doświadczenie już zdobył.

Tym samym należało również podzielić ocenę Zamawiającego co do braku wykazania, iż potencjał podmiotu DOMB S.A. realnie został udostępniony, gdyż z treści zobowiązania podmiotu trzeciego wynika wyłącznie gotowość do pełnienia funkcji doradczych przy realizacji robót budowlanych. W treści zobowiązania nie zostało wskazane w jakie prace miałby zaangażować swój potencjał podmiot trzeci, co również koresponduje z oświadczeniem samego Wykonawcy, który w formularzu oferty zadeklarował, iż nie będzie angażował podwykonawcy do wykonania jakiejkolwiek części zamówienia. Odmienna wykładania treści dokumentów nie ma żadnego umocowania w regułach wykładni oświadczeń woli. Oświadczenia zostały sformułowane w sposób jasny i nie wymagają innych zabiegów w celu ustalenia znaczenia użytych określeń. Wykonawca w toku postępowania przetargowego próbował z własnej inicjatywy zainicjować korektę oświadczenia podmiotu trzeciego wskazując na omyłkę w redakcji treści zobowiązania, co jednak w ocenie składu

orzekającego zostało prawidłowo przez Zamawiającego ocenione, jako działanie nieskuteczne. Przede wszystkim to nie Wykonawca mógł ewentualnie deklarować odmienne znaczenie złożonego zobowiązania, ale jego autor – co nie miało miejsca. Ponadto, nie ma żadnego argumentu, który pozwoliłby uznać za omyłkową redakcję oświadczenia, w którym podmiot trzeci wyłącznie deklaruje gotowość do pełnienia funkcji doradczych w zakresie udostępnionego doświadczenia w wykonywaniu robót budowlanych, a nie gotowość do pełnienia funkcji doradczych w zakresie udostępnionego i wykonywanie robót budowlanych. Zmiana spójnika „w” na „i” istotnie zmieniałaby treść zobowiązania przez rozszerzenie

gotowości podmiotu na realizację robót budowlanych. Zgodnie z wytycznymi dotyczącymi wykładni oświadczeń woli według reguł przewidzianych w art. 65 § 2 k.c. nie można w drodze tłumaczenia treści oświadczenia woli ustalać zupełnie odmiennego jego brzmienia. Taki zabieg nie może być traktowany, jako wykładnia niejasnego brzmienia oświadczenia ale jego zmiana (przykładowo wyrok S.O w Warszawie z 27.06.2022 r., sygn. XXIII Zs 75/22).

W ocenie składu orzekającego pismo Wykonawcy z 24.02.2023 r. stanowiło próbę „ratowania sytuacji", w której znalazł się Wykonawca powołując się na zasób, którego nie zamierzał angażować w realizację zamówienia. Potwierdza to zarówno treść oferty, jaki i wyjaśnienia samego przedsiębiorcy złożone na rozprawie, w których wskazywał, iż tylko przyczyny techniczne uniemożliwiły mu złożenie własnych dwóch wymaganych referencji, co spowodowało potrzebę skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, chociaż sam spełnia warunek udziału w postępowaniu. Ponadto, Wykonawca na rozprawie wskazywał, iż zamierza powierzyć realizację zamówienia podwykonawcy, chociaż to pozostaje w sprzeczności z treścią oferty złożonej w postępowaniu i na tej podstawie również musi być ocenione, jako działanie podyktowane wyłącznie przyjętą linią obrony przed decyzją o odrzuceniu oferty z postępowania.

Nie zależnie od powyższego skład orzekający uznał, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający w sposób nieprawidłowy podjął decyzję o odrzuceniu oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b Ustawy, tj. bez wcześniejszego umożliwienia Wykonawcy uzupełnienia dokumentów, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazując na dwukrotne złożenie tego samego zobowiązania podmiotu trzeciego pomija, iż nie nastąpiło to w trybie uzupełnienia dokumentu na wezwanie, w którym Zamawiający wskazałby na przyczyny, dla których złożony dokument nie mógł być przyjęty, jako potwierdzający spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zobowiązanie do udostępnienia potencjału złożone zostało w ofercie, a następnie na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co nie może być utożsamiane z trybem przewidzianym w art. 128 ust. 1 Ustawy czy też art. 122 Ustawy.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów powszechnych w sposób jednolity przyjmuje się, iż czynność wykluczenia (odrzucenia oferty) z postępowania wykonawcy, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu wymaga wcześniejszego wyczerpania procedury uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń i podmiotowych środków dowodowych, co jest wyłączone wyłącznie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy (lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) podlegałaby odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnieniu lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania (art. 128 ust. 1 pkt 1 i 2 Ustawy). Wcześniejsze wytyczne dla stosowania przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, czy też art. 22a ust. 6 Ustawy w poprzednim brzmieniu pozostają aktualne nadal. Izba wielokrotnie oceniając dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazywała na obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania (por. wyrok z dnia 28 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1335/20, czy też wyrok z dnia 29 września 2020 r., sygn. akt KIO 2288/20). Również w orzecznictwie sądów powszechnych potwierdzano konieczność przeprowadzenia badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem obowiązku wynikającego z brzmienia art. 26 ust. 3 Ustawy (por. wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z 5 kwietnia 2019 r., sygn. akt III Ca 285/19, w którym sąd podkreślił potrzebę oceny istnienia podstaw do uruchomienia procedury naprawczej powołując się na postanowienie Sądu Najwyższego z 1 mara 2018 r., sygn. akt I CSK 657/17).

Warto również przypomnieć, w odniesieniu utrzymanej w obecnym brzmieniu Ustawy regulacji z art. 122 Ustawy, iż tak jak miało to miejsce w odniesieniu do przepisu art. 22a ust. 6 Ustawy – nie stanowi ona odrębnej, wobec przewidzianej w art. 26 ust. 3 Pzp (obecnie art. 128 ust. 1 Ustawy) podstawy do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych. Zastosowanie tego przepisu nie może więc naruszać zasady jednokrotnego uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. (…) Wskazać jednak należy, że art. 22a ust. 6 Pzp nie może być traktowany jako podstawa prawna do przywrócenia terminu do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, który zdecydował się w oparciu o ww. przepis na samodzielne wykazanie dysponowania m. in. zdolnościami technicznymi lub zawodowymi ma obowiązek wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie na dzień uzupełnienia dokumentów podmiotowych, a na dzień składania ofert. (Wyrok z dnia 29 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 1434/20).

W świetle powyższego należało uznać, iż decyzja o odrzuceniu oferty Odwołującego podjęta bez wszczęcia procedury naprawczej w trybie art. 128 ust. 1 Ustawy lub art. 122 Ustawy nie mogła być utrzymana jako prawidłowa. Zamawiający zobowiązany był przede wszystkim umożliwić Wykonawcy uzupełnienie dokumentów w celu wykazania, iż na moment złożenia

oferty spełniał warunki udziału w postepowaniu, a to jak wynika z oświadczeń Odwołującego miałoby nastąpić przez wykazanie, iż Wykonawca składając ofertę samodzielnie spełniał warunek dotyczący doświadczenia.

W świetle powyższego odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, a Zamawiający zobowiązany został do przywrócenia oferty Odwołującego do oceny, co wymagało uchylenia decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 3 Ustawy. Tym samym Odwołujący w całości uzyskał oczekiwany wynik rozstrzygnięcia sporu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust 1 pkt. 1 oz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis oraz koszty pełnomocnika Odwołującego w wysokości ustalonej na podstawie rachunku złożonego przed zamknięciem rozprawy i obciążyła nim Zamawiającego w całości.

Przewodniczący: ……..