

Sygn. akt: KIO 1086/23

WYROK z dnia 2 maja 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2023 r. przez wykonawcę WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Wodociągi i Kanalizacja w Bydgoszczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy

przy udziale wykonawcy DHI POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy DHI POLSKA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.3.3 oraz 5.3.4. 2) Specyfikacji Warunków Zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty

postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 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 1086/23

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Wodociągi i Kanalizacja w Bydgoszczy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bydgoszczy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Wykonanie inteligentnego systemu zarządzania sieciami wod.-kan. Wdrożenie systemu inteligentnego sterowania retencją zbiornikowa (SIS-RZ)”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 stycznia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 020052881.

I. W dniu 17 kwietnia 2023 r. wykonawca WASKO Spółka Akcyjna z siedzibą w Gliwicach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę DHI Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „DHI Polska”), w tym zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy DHI Polska, pomimo że oferta wykonawcy DHI Polska powinna zostać odrzucona ze względu na to, że została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej oraz w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, jak również wykonawca DHI Polska nie złożył podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DHI Polska, w sytuacji gdy wykonawca ten nie posiada własnego doświadczenia referencyjnego wymaganego przez zamawiającego, a przedstawione zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego jest nieprawidłowe, nie gwarantuje rzeczywistego dostępu do zasobów podmiotu trzeciego – co stanowi naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) i c) w zw. z art. 118 ust. 2-4 w zw. z art. 16 pkt 1) ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”;
2. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy DHI Polska, w sytuacji gdy wykonawca ten nie posiada

wymaganego przez zamawiającego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia – co stanowi naruszenie przepisów art. 226 ust. 1 pkt 2) ppkt b) i c) w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę DHI Polska,
- odrzucenia oferty wykonawcy DHI Polska,
- dokonania ponownego badania i oceny ofert.

Uzasadniając podniesione zarzuty odwołujący podniósł m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający postawił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczący doświadczenia wykonawcy w realizacji zamówienia w zakresie dostaw: „Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, możliwe jest sumowanie doświadczenia wykonawców w celu wykazania warunku udziału), że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie: (...) 2) zamówienie (umowę) polegającą na zrealizowaniu projektu badawczo-rozwojowego w gospodarce wodnej lub ściekowej lub wodno-ściekowej o wartości zamówienia (umowy) co najmniej 1.000.000,00 zł bez podatku VAT (słownie złotych: jeden milion);” Wykonawca DHI Polska w zakresie ww. warunku polega na zasobach udostępnionych przez podmiot trzeci. Wykonawca DHI Polska przedstawił zobowiązanie do udostępnienia zasobów pochodzące od spółki DHI Sverige AB z siedzibą w Szwecji. W złożonym wraz z ofertą zobowiązaniu w odniesieniu do sposobu i okresu udostępniania wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podano: „udostępnienie zasobów jw. nastąpi w ramach porozumienia zawartego między Udostępniającym a Wykonawcą jw. na zasadach doradztwa i konsultacji, w całym okresie realizacji zamówienia. Udostępnimy także nasze referencje potwierdzające należyte wykonanie wymaganych projektów.” W ocenie odwołującego przedstawione przez wykonawcę DHI Polska zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego oparte na doradztwie i konsultacjach to zobowiązanie nierealne, fikcyjne, pozorne. Doradztwo i konsultacje to zdecydowanie nieadekwatny i niewystarczający sposób transferowania wiedzy i doświadczenia w kontekście tego, jakich zasobów udostępnienie dotyczy, oraz tego, do wykonania jakiego przedmiotu zamówienia zasoby mają zostać wykorzystane. Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest skomplikowany, złożony, innowacyjny system informatyczny, który ma powstać w ramach projektu badawczo-rozwojowego, a następnie w ramach kolejnych etapów zamówienia ma być przez wykonawcę rozwijany również w ramach prac badawczo-rozwojowych. W związku z wymaganiami zawartymi w Opisie przedmiotu zamówienia („OPZ”) całkowicie zrozumieli być wymóg referencyjny zamawiającego, który od wykonawców wymagał wykazania się zrealizowanym projektem badawczo-rozwojowym w gospodarce wodnej lub ściekowej lub wodno-ściekowej. Realizacja

przedmiotu zamówienia bezwzględnie wymaga posiadania doświadczenia w obszarze B+R. Wykonawca DHI Polska korzysta w tym newralgicznym zakresie z udostępnionego potencjału podmiotu trzeciego, który zobowiązał się wyłącznie do doradztwa i konsultacji. Odwołujący stoi na stanowisku, że nie jest możliwe opierając się na konsultacjach i doradztwie poprawne zrealizowanie obowiązków wynikających z OPZ, w szczególności w zakresie kluczowej dla projektu Analizy oraz Etapów 3 i 4, w których przewidziano konieczność przeprowadzenia prac badawczo-rozwojowych i osiągnięcie przez System SIS-RZ wersji 2, a później wersji 3. Prace badawczo-rozwojowe trzeba faktycznie przeprowadzić, a nie przy nich doradzać czy konsultować. Podmiot udostępniający zasoby powinien zrealizować ten zakres zamówienia, który polegał będzie na pracach badawczo-rozwojowych. Odwołujący wskazał, że prace badawczo-rozwojowe należą do kategorii usług. W związku z tym, zgodnie z przepisem art. 118 ust. 2 ustawy Pzp wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby tylko wtedy, gdy podmioty udostępniające zasoby wykonują przedmiotowe usługi do realizacji których te zdolności są wymagane. Ze złożonego przez wykonawcę DHI Polska zobowiązania wprost wynika, że żaden udział podmiotu udostępniającego zasoby w faktycznej realizacji zamówienia nie jest przewidziany. Zdaniem odwołującego nie ma już podstaw, aby wykonawca DHI Polska wprowadził do postępowania dodatkowe dokumenty, w szczególności inne zobowiązanie do udostępnienia zasobów, czy inny podmiot udostępniający zasoby. Wezwany do uzupełnienia dokumentów wykonawca DHI Polska, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, złożył już nowy dokument zobowiązania podmiotu trzeciego, czym „skonsumował” jednorazową możliwość do uzupełnienia danego dokumentu.

Zarzut nr 2

Zamawiający sformułował następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej: „Warunek zostanie spełniony jeżeli Wykonawca wykaże (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniana będzie ich łączna sytuacja ekonomiczna), że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł (słownie złotych: dwa miliony).”. Wykonawca DHI Polska, jako dokument mający potwierdzać spełnienie ww. warunku złożył dokument: „Certificate of Insurance” pochodzący od podmiotu If P&C Insurance Ltd. Na podstawie złożonego dokumentu nie można ustalić, czy wykonawca DHI Polska posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Dokument jest jednostronnicowy, bardzo ogólny, nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wynika z niego tylko to, że odnosi się on do polisy numer LP0000023256, że jest to polisa ubezpieczeniowa określona

jako „General Liability and Product Liability Insurance” /tłumaczenie: Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej ogólnej i

odpowiedzialności cywilnej za produkt/ i że podmiotem ubezpieczonym jest wykonawca DHI Polska. Dokument zawiera wewnętrzną sprzeczność polegającą na tym, że suma ubezpieczenia podana została jako 5 000 000 PLN, natomiast z treści certyfikatu wynika: „The Policy currency is in DKK so fluctuations in exchange rates may affect the sums stipulated in this Certificate.” /Tłumaczenie: Waluta polisy to Korona Duńska, więc wahania kursów walut mogą mieć wpływ na kwoty określone w niniejszym Certyfikacie/. Podano zatem sumę ubezpieczenia w polskich złotych, natomiast z treści polisy wynika, że jej walutą jest korona duńska. Dodatkowo w treści certyfikatu dokonano zastrzeżenia: „Sum insured and/or sub-limits shown may have been reduced by paid claims” /tłumaczenie: Sumy ubezpieczenia i/lub podlimity przedstawione w niniejszym certyfikacie mogły zostać pomniejszone o wypłacone roszczenia/. Takie zastrzeżenie powoduje, że zamawiający nie ma pewności jaka jest aktualna suma ubezpieczeniowa. Odwołujący zauważył, że dokument złożony przez wykonawcę DHI Polska wzbudził wątpliwości u zamawiającego. W związku z tym zamawiający wystosował do wykonawcy DHI Polska wezwanie do udzielenia wyjaśnień. Zdaniem odwołującego wątpliwości zamawiającego dotyczyły zdecydowanie za wąskiego zakresu. Zamawiający w szczególności nie wskazał na waluty PLN i DKK, jak również nie wskazał na zapis mówiący o tym, że suma ubezpieczeniowa może być mniejsza z uwagi na wypłacone roszczenia. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wykonawca DHI Polska zapewnił zamawiającego swoim własnym oświadczeniem, że zakres polisy nr LP0000023256, której dotyczy złożony certyfikat ubezpieczenia, „obejmuje ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia”. Wykonawca DHI Polska samej jednak polisy nie złożył. Wyjaśnienie złożone w formie oświadczenia nie przedstawia żadnej wartości dodanej. Wykonawca DHI Polska ograniczył się do lakonicznego wyjaśnienia, które jest oświadczeniem własnym wykonawcy DHI Polska o spełnieniu warunku. Równocześnie ze złożeniem ww. wyjaśnień/oświadczenia, wykonawca DHI Polska z własnej inicjatywy złożył inny dokument podmiotowy, w postaci innej, pochodzącej od PZU polisy ubezpieczeniowej mającej potwierdzać spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Zdaniem odwołującego również polisa PZU nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał, że w zaistniałym stanie faktycznym nie ma już możliwości, aby wykonawca DHI Polska wprowadził do postępowania dodatkowe dokumenty w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Wezwany do wyjaśnień wykonawca DHI Polska z własnej inicjatywy złożył nowy dokument, czym „skonsumował” jednorazową możliwość do uzupełnienia danego dokumentu.

II. Pismem wniesionym w dniu 28 kwietnia 2023 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający podniósł m.in.:

Zarzut nr 1

Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia ma charakter innowacyjny, nie jest zatem prostą dostawą już istniejącego na rynku rozwiązania. Niemniej, jego szczególny charakter wiążący się z wytworzeniem określonego nowego rozwiązania dostosowanego do potrzeb zamawiającego nie odejmuje mu tego zasadniczego przymiotu i nie wpływa na kwalifikację przedmiotu zamówienia jako dostawy. Nie budzi zatem wątpliwości, że głównym przedmiotem zamówienia, determinującym stosowanie określonych przepisów ustawy Pzp do zamówienia, pozostaje dostawa. W konsekwencji taki też przedmiot zamówienia został wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu. Przywoływany przez odwołującego przepis art. 118 ust. 2 ustawy Pzp nie odnosi się do zamówień, których przedmiotem są dostawy i tym samym w sposób oczywisty nie znajduje zastosowania do postępowania. Zamawiający zwrócił uwagę, że warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia wykonawcy sformułowany był nie jako warunek realizacji w ramach projektu badawczo-rozwojowego takiego samego lub analogicznego zamówienia jak to objęte postępowaniem, ale szerzej, jako warunek realizacji projektu badawczego we wskazanej branży. Kluczowe dla zamawiającego było więc nie tyle doświadczenie w zakresie realizacji „takiego samego” zamówienia, ale doświadczenie we wdrażaniu rozwiązań o charakterze badawczo-rozwojowym w gospodarce wodnej, ściekowej lub wodno-ściekowej (doświadczenie w odniesieniu do samej umiejętności zaplanowania realizacji takiego zadania, zaplanowania całego procesu, specyfiki i uwarunkowań właściwych dla branży). Nie budzi wątpliwości, że doradztwo i konsultacje mogą stanowić skuteczną formę udostępnienia zasobów. Znajduje to potwierdzenie w dotychczasowym, zachowującym aktualność również w obecnym stanie prawnym, orzecznictwie KIO. Za chybioną uznał zamawiający argumentację odwołującego, zgodnie z którą na obecnym etapie postępowania nie jest już uprawniony do wystosowania do wykonawcy DHI Polska wezwania do uzupełnienia zobowiązania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że wyłączną przyczyną, a zatem i przedmiotem wezwania z dnia 24 lutego 2023 r., było ustalenie umocowania do złożenia zobowiązania w imieniu podmiotu trzeciego. Tym samym wezwanie dotyczyło wyłącznie kwestii formalnej i nie było związane z merytoryczną treścią zobowiązania.

Zarzut nr 2

Zamawiający wskazał, że dopuszczalność złożenia certyfikatu na wykazanie warunku odnoszącego się do posiadania odpowiedniego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej

znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO. Zarówno Zamawiający w SWZ, jak i prawodawca w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) odwołuje się do dokumentu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia, nie precyzując, jaki konkretnie to ma być dokument. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 31 marca br. wykonawca DHI Polska potwierdził (co zresztą można wywnioskować już z samej treści certyfikatu, zgodnie z którą posiadane przez wykonawcę ubezpieczenie to: „General Liability and Product Liability Insurance” oraz „Professional Indemnity”), że ubezpieczenie odnosi się do odpowiedzialności cywilnej w zakresie działalności prowadzonej przez wykonawcę, a więc także związanej z przedmiotem zamówienia. Wyjaśnienia te były jasne i potwierdzały zgodność zakresu ubezpieczenia z warunkiem

udziału w postępowaniu. Dlatego też zamawiający nie miał podstaw, aby kierować do wykonawcy DHI Polska dalsze wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganego ubezpieczenia. Z treści certyfikatu wynika bezspornie, że suma ubezpieczenia - wyrażona w walucie polskiej - wynosi 5 000 000 zł. Niezależnie od ewentualnych zmian kursowych względem korony duńskiej, potwierdza ona istnienie ubezpieczenia w wysokości pozwalającej na uznanie, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony - wskazana w certyfikacie wartość ubezpieczenia w walucie polskiej (5 000 000 zł) na tyle przekraczała sumę ubezpieczenia wymaganą przez zamawiającego w ramach warunków udziału w postępowaniu (2 000 000 zł), że nie mogło budzić wątpliwości, że niezależnie od ewentualnych różnic kursowych ubezpieczenie wykonawcy spełnia wymogi zamawiającego. Zdaniem zamawiającego nie ma również żadnego znaczenia podnoszona przez odwołującego okoliczność, że wskazana w certyfikacie kwota ubezpieczenia mogła ulec pomniejszeniu o sumy wypłaconych już roszczeń. Celem ustalenia tego typu warunku udziału w postępowaniu jest potwierdzenie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy, a nie zabezpieczenie interesu zamawiającego na etapie realizacji zamówienia poprzez wymaganie ubezpieczenia od wykonawcy. Za chybioną zamawiający uznał argumentację odwołującego, że przedstawiona przez wykonawcę DHI Polska polisa PZU uniemożliwia wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że odniesieniu do certyfikatu skierował do wykonawcy DHI Polska wezwanie do wyjaśnień na podstawie 128 ust. 4 ustawy Pzp, a nie wezwanie do złożenia właściwego dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe czynności należy wyraźnie rozdzielać jako dwa osobne, niezależne uprawnienia, przyznane zamawiającym przez ustawodawcę. Złożenie przez wykonawcę DHI Polska polisy PZU stanowiło działanie całkowicie samodzielne i niezwiązane z wezwaniem zamawiającego do udzielenia wyjaśnień. Tym samym nie mogło skonsumentować

obowiązku wezwania wykonawcy wskazanego w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślił, że nie analizował polisy PZU przy ocenie spełnienia ww. warunku.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca DHI Polska. Stanowisko w sprawie, podobnie do stanowiska zamawiającego, wykonawca DHI Polska przedstawił w piśmie wniesionym w dniu 28 kwietnia 2023 r. Wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami pkt 5.3.3 oraz 5.3.4 2) Specyfikacji warunków zamówienia („SWZ) Zamawiający oczekiwał spełnienia m.in. następujących warunków udziału w postępowaniu, dotyczących:

5.3.3. sytuacji ekonomicznej lub finansowej

Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, oceniana będzie ich łączna sytuacja ekonomiczna), że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł (słownie złotych: dwa miliony).

5.3.4. zdolności technicznej lub zawodowej, dotyczącej doświadczenia Wykonawcy w realizacji zamówienia w zakresie dostaw

Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże (w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, możliwe jest sumowanie doświadczenia wykonawców w celu wykazania warunku udziału), że wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:

(...) 2) zamówienie (umowę) polegającą na zrealizowaniu projektu badawczo-rozwojowego w gospodarce wodnej lub ściekowej lub wodno-ściekowej o wartości zamówienia (umowy) co najmniej 1.000.000,00 zł bez podatku VAT (słownie złotych: jeden milion).

Na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawca DHI Polska powołał się na zasoby innego podmiotu (tzw. podmiotu trzeciego) - DHI Sverige AB. W złożonym zamawiającemu dokumencie zawierającym zobowiązanie podmiotu trzeciego jako sposób udostępnienia i wykorzystania zasobów wskazano doradztwo i konsultacje. Pismem z dnia

24 lutego 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę DHI Polska na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień co do prawidłowości umocowania p. C. W. do samodzielnego reprezentowania DHI Sverige AB. Jednocześnie, w przypadku braku stosownego umocowania ww. osoby zamawiający, działając na podstawie artykułu 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę DHI Polska do złożenia dokumentów dotyczących podmiotu DHI Sverige AB, które będą podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji spółki. W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca DHI Polska złożył m.in. zobowiązanie DHI Sverige AB o tożsamej treści, podpisane przez inną osobę.

Na potwierdzenie spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej -ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia wykonawca DHI Polska złożył certyfikat ubezpieczenia wystawiony przez If P&C Insurance Ltd, w którym jako sumę ubezpieczenia wskazano kwotę 5 000 000 PLN. W certyfikacie tym zawarto również zastrzeżenia, że: 1) walutą polisy jest korona duńska, więc wahania kursu walut mogą mieć wpływ na kwoty określone w certyfikacie; 2) sumy ubezpieczenia i/lub podlimity przedstawione w certyfikacie mogły zostać pomniejszone o wypłacone roszczenia. Pismem z dnia 29 marca 2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę DHI Polska do udzielenia wyjaśnień w zakresie ww. certyfikatu. W wezwaniu

zamawiający wskazał, że z dokumentu tego nie wynika w sposób nie budzący wątpliwości czy zakres ubezpieczenia obejmuje także ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W odpowiedzi na to wezwanie wykonawca DHI Polska w piśmie z dnia 31 marca 2023 r. wyjaśnił, że ww. certyfikat dotyczy polisy nr LP0000023256, której zakres ubezpieczenia obejmuje ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Jednocześnie, celem uniknięcia wątpliwości, wykonawca DHI Polska złożył zamawiającemu także polisę ubezpieczeniową PZU.

Izba uznała, że odwołanie podlega uwzględnieniu.

Zarzut 1

W ocenie składu orzekającego Izby pogląd, że art. 118 ust. 2 ustawy Pzp dotyczy wyłącznie postępowań o udzielenie zamówienia na usługi lub roboty budowlane stanowi zbyt daleko idące uproszczenie. Zgodnie z tym przepisem 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. Wymóg ustanowiony tym przepisem odnosi się zatem do części przedmiotu zamówienia stanowiących usługi lub

roboty budowlane, do wykonania których konieczne jest posiadanie zdolności weryfikowanych określonym warunkiem udziału w postępowaniu (dotyczącym wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia). Warunek określony w pkt 5.3.4 2) SWZ dotyczy usług (zrealizowanie projektu badawczo-rozwojowego w gospodarce wodnej lub ściekowej lub wodno-ściekowej) i został ustanowiony w celu weryfikacji posiadania zdolności wymaganych do realizacji tej części zamówienia, która podlega kwalifikacji jako usługi - prace badawczo-rozwojowe. Udostępnienie zasobów w postaci doradztwa i konsultacji należy zatem uznać za niewystarczające na gruncie przepisu art. 118 ust. 2 ustawy Pzp. Wymóg realizacji części przedmiotu zamówienia przez podmiot udostępniający zasoby nie został spełniony. Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że ww. warunek udziału w postępowaniu został określony szerzej względem przedmiotu zamówienia. Na obecnym etapie postępowania (po otwarciu ofert) rozpatrywanie czy zamawiający prawidłowo ustanowił warunek udziału w postępowaniu jest bezprzedmiotowe. Istotne znaczenie ma to, że warunek ten został ustanowiony celem weryfikacji posiadania przez wykonawcę zdolności do realizacji części przedmiotu zamówienia stanowiącego usługi. Jak wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie kluczowe było dla niego doświadczenie we wdrażaniu rozwiązań o charakterze badawczo-rozwojowym w gospodarce wodnej, ściekowej lub wodno-ściekowej (doświadczenie w odniesieniu do samej umiejętności zaplanowania realizacji takiego zadania, zaplanowania całego procesu, specyfiki i uwarunkowań właściwych dla branży) – str. 5 odpowiedzi na odwołanie. Za niemający istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy Izba uznała dowód złożony przez wykonawcę DHI Polska – wewnętrzne zlecenie. Dokument ten nie został przez wykonawcę DHI Polska złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia i w związku z tym nie podlegał ocenie zamawiającego. Podstawowe znaczenie ma zatem treść samego zobowiązania, w którym jako sposób udostępnienia i wykorzystania zasobów wskazano doradztwo i konsultacje.

W związku z tym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy DHI Polska do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, że w obecnym stanie faktycznym wystosowanie takie wezwania nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Należy wskazać, że poprzednie wezwanie dotyczyło wyłącznie kwestii umocowania osoby, która podpisała się pod treścią zobowiązania. Wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w związku ze stwierdzeniem występowania innej - niż wskazana uprzednio - nieprawidłowości co do zasady należy uznać za dopuszczalne, o ile nie nastąpiło już uzupełnienie poprzez złożenie nowego (innego) dokumentu. Przyjęcie odmiennego stanowiska byłoby sprzeczne z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp), gdyż

stawałoby w lepszej sytuacji tych wykonawców, w przypadku których wszystkie nieprawidłowości podmiotowych środków dowodowych zostały jednocześnie dostrzeżone i objęte jednym wezwaniem zamawiającego. Należy zwrócić uwagę, że przepisy ustawy Pzp nie ustanawiają konkretnych zasad stosowania przez zamawiających regulacji art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zasada jednokrotności wezwania kierowanego na tej podstawie prawnej została wypracowana w orzecznictwie. Oceny w zakresie możliwości skierowania do wykonawcy wezwania na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp należy dokonywać przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności sprawy, kierując się ww. zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości. W niniejszej sprawie istotne znaczenie ma to, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 24 lutego 2023 r. nie doszło do złożenia dokumentu zobowiązania o innej treści niż w przypadku pierwotnego zobowiązania – złożono zobowiązanie o tożsamej treści, lecz podpisane przez inną osobę.

Zarzut 2

Izba uznała, że wykonawca DHI Polska nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, gdyż złożony przez niego certyfikat nie potwierdzał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Należy przypomnieć, że celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są złożyć podmiotowe środki dowodowe, które potwierdzają spełnienie wymogów składających się na dany warunek udziału w postępowaniu. Natomiast z treści złożonego certyfikatu nie wynika spełnienie wymogu co do objęcia wykonawcy DHI Polska ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Sformułowania użyte w certyfikacie („General Liability and Product Liability Insurance” oraz „Professional Indemnity”) są na tyle ogólne i niejednoznaczne (bez podania definicji tych pojęć stosowanych przez podmiot ubezpieczający), że nie mogą przesądzać kwestii spełnienia ww. warunku. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego

wykonawca DHI Polska ograniczył się do zapewnienia, że polisa, której dotyczy certyfikat, obejmuje ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, co należy uznać za niewystarczające. Spełnianie warunku udziału w postępowaniu powinno wynikać z treści podmiotowych środków dowodowych. Skoro certyfikat dotyczy konkretnej polisy to najprostszym i najlepszym sposobem wykazania faktu spełnienia warunku było złożenie tej polisy, co jednak nie miało miejsca. Należy zgodzić się ze stanowiskiem, że złożenie certyfikatu zamiast polisy jest dopuszczalne i wystarczające, o ile jego treść potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, należało uznać, że wykonawca DHI Polska nie potwierdził spełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej. W związku z tym konieczne stało się nakazanie zamawiającemu wezwania wykonawcy DHI Polska do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełnienia tego warunku. Należy wskazać, że dotychczas nie miało miejsce wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, a jedynie wezwanie do udzielenia wyjaśnień. Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie miał dotychczas zastosowania w odniesieniu do tego warunku. Skład orzekający Izby podziela pogląd, zgodnie z którym samodzielne złożenie dokumentów nie konsumuje prawa wykonawcy do bycia wezwanym do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Uzupełnienie podmiotowych środków dowodowych przez wykonawcę powinno zostać poprzedzone wystosowaniem na podstawie ww. przepisu wezwaniem zamawiającego, określającym konieczny zakres uzupełnienia. Wymaga tego zasada przejrzystości przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 16 pkt 2 ustawy Pzp).

W zakresie pozostałych zarzutów dotyczących certyfikatu ubezpieczenia złożonego przez wykonawcę DHI Polska Izba podzieliła stanowisko zamawiającego i przystępującego. W odniesieniu do kwestii sprzeczności występującej w treści tego certyfikatu należy wskazać, że istotne znaczenie ma wskazanie w nim sumy ubezpieczenia w walucie polskiej. Zawarcie w treści certyfikatu zastrzeżenia odnośnie waluty duńskiej nie zmienia faktu, że certyfikat potwierdza sumę ubezpieczenia na kwotę 5 000 000 PLN, a zatem znacznie przekraczającą kwotę podaną w opisie warunku (2 000 000 PLN). Wymaga zauważenia, że zamawiający są uprawnieni do wyjaśniania z wykonawcami wątpliwości odnośnie złożonych przez nich dokumentów. Niemniej jednak, Izba dokonuje oceny działań zamawiającego przez pryzmat obowiązku skierowania do wykonawcy określonego wezwania. W powyższym zakresie Izba uznała, że taki obowiązek nie zaistniał. Ponadto, dla oceny spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu nie ma znaczenia zawarcie w certyfikacie zastrzeżenia o możliwym zmniejszeniu sumy ubezpieczenia o kwotę wypłaconych roszczeń. Warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej ma na celu dokonanie weryfikacji wykonawcy w tym zakresie - w przypadku warunku dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia - poprzez weryfikację zdolności wykonawcy do objęcia go ubezpieczeniem oraz do zapłaty składki ubezpieczeniowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a) i b) ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia

2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: