

Sygn. akt: KIO 2981/24

WYROK

Warszawa, dnia 10.09.2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na posiedzeniu z udziałem stron odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Elektro Instal Glob Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Skwierzyna

uczestnik po stronie zamawiającego:

A. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych S.A. z siedzibą w Szamotułach

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Zasądza od odwołującego Elektro Instal Glob Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim na rzecz zamawiającego Gmina Skwierzyna kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy).

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 2981/24

Uzasadnienie

Gmina Skwierzyna, dalej jako: „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Budowa ścieżki rowerowej na odcinku Skwierzyna – Świniary”, znak sprawy: ZP.271.8.2024.

Wartość zamówienia jest niższa niż kwoty progów unijnych, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 10 lipca 2024 r., pod numerem 2024/BZP 00404603/01.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Elektro Instal Glob Sp. z o.o. z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim, dalej jako: „Odwołujący”, wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 128 ust. 1 i 2 w zw. z art. 125 ust. 5 ustawy PZP, polegające na zaniechaniu wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień i poprawienia błędu w przedmiocie złożonego przez niego oświadczenia, na podstawie art. 125 ust. 5 ustawy PZP, o niepodleganiu przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji i zasobach polegać ma Wykonawca, wykluczeniu, w tym pełnomocnictwa do złożenia przez Wykonawcę oświadczenia w imieniu Wykonawcy jako pełnomocnika Eurovia Polska S.A., w zakresie braku podstaw do wykluczenia z postępowania i spełnienia kryteriów przez Eurovia Polska S.A.;
- 2) art. 128 ust. 5 w zw. z art. 125 ust. 5 ustawy PZP, polegających na zaniechaniu wezwania bezpośrednio Eurovia Polska S.A. do złożenia oświadczenia, o którym mowa w tym przepisie, podczas gdy z przepisu wynika, że jeżeli istnieją wątpliwości w przedmiocie złożonych przez Wykonawcę oświadczeń Zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który posiada odpowiednie informacje w tym zakresie, a zatem w tym przypadku do Eurovia Polska S.A.;

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, podczas gdy Zamawiający powinien poprzedzić ewentualne odrzucenie oferty podjęciem czynności zmierzających do wyjaśnienia wszystkich wątpliwości w zakresie złożonej oferty oraz złożonych wraz z nią dokumentów.

Wobec postawionych zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) wykonania czynności wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnień w przedmiocie złożonego przez Wykonawcę w toku postępowania oświadczenia o niepodleganiu przez podmiot, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego, lub do przedłożenia pełnomocnictwa udzielonego Wykonawcy przez Eurovia Polska S.A. do złożenia żądanego oświadczenia oraz nakazanie Zamawiającemu do podjęcia czynności na podstawie art. 128 ust. 5 ustawy PZP poprzez skierowanie żądania wyjaśnień bezpośrednio do Eurovia Polska S.A. w przedmiocie spełnienia przez ten podmiot warunków, o których mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP;
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności w przedmiocie badania i oceny ofert oraz wyboru oferty w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty Odwołujący wskazywał m. in., że pismem z dnia 5 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia oraz oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw do wykluczenia go z postępowania oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji. Wykonawca wykonał zobowiązanie i złożył:

- zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania Wykonawcy do dyspozycji

niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia

oraz

- oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia Eurovia Polska S.A. złożone przez Wykonawcę. Wykonawca złożył oświadczenie niepodpisane przez reprezentanta Eurovia Polska S.A., wskazanego w KRS, a przez prezesa zarządu Wykonawcy działającego w imieniu Wykonawcy na rzecz Eurovia Polska S.A., nie załączając przy tym pełnomocnictwa do działania w imieniu Eurovia Polska S.A.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający nie wezwał Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w przedmiocie złożonego oświadczenia o braku podstaw wykluczenia Eurovia Polska S.A., przez co naruszył art. 128 ust. 1 i 2 w zw. z art. 125 ust. 5 p.z.p., który wymaga od

Zamawiającego żądania poprawienia błędów złożonego oświadczenia. Zamawiający naruszył również art. 128 ust. 5 p.z.p. poprzez zaniechanie wezwania bezpośrednio Eurovia Polska S.A. do złożenia oświadczenia, o którym mowa w tym przepisie, podczas gdy z przepisu wynika, że jeżeli istnieją wątpliwości w przedmiocie złożonych przez Wykonawcę oświadczeń Zamawiający może zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który posiada odpowiednie informacje w tym zakresie, a zatem w tym przypadku do Eurovia Polska S.A. Następnie Zamawiający odrzucił pismem z dnia 12.08.2024 r. ofertę Wykonawcy, czym z kolei naruszył art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c p.z.p., gdyż zastosował rzeczony przepis przedwcześnie, bowiem w pierwszej kolejności należało podjąć kroki do wyjaśnienia nieścisłości polegające na wskazaniu przez Wykonawcę, iż składa żądane oświadczenie, podczas gdy złożył jedynie oświadczenie nie przedkładając omyłkowo pełnomocnictwa, ewentualnie bezpośredniego oświadczenia Eurovia Polska S.A. Zaniechania i działania Zamawiającego były nieprawidłowe i doprowadziły do odrzucenia oferty Wykonawcy, która – jak się okazało po otwarciu ofert – była najkorzystniejsza.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 4 września 2024 r. odpowiedź na odwołanie złożył Zamawiający, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający zwrócił uwagę, że załączone przez Wykonawcę (do odpowiedzi na wezwanie) oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu (stanowiące wypełniony przez Wykonawcę załącznik nr 2 do SWZ) wprawdzie zawiera oświadczenie, w którego treści wymienia się Eurovię Polska S.A. jako podmiot, na którego zasoby powołuje się wykonawca, o nie zachodzeniu w stosunku do niego podstaw wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia, ale całe oświadczenie jest podpisane przez przedstawiciela Wykonawcy i jego treść jednoznacznie wskazuje że jest składane w imieniu Odwołującego.

Mając na uwadze, że wykonawca w odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie (w trybie art. 128 ust. 1 pzp) nie złożył oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzającego brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby – do czego był zobowiązany - działając zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c pzp Zamawiający w piśmie z dnia 12 sierpnia 2024r. zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego.

Zdaniem Zamawiającego w sytuacji, gdy Wykonawca mimo jednoznacznego wezwania ze strony Zamawiającego (w trybie art. 128 ust. 1 pzp) nie złożył oświadczenia podmiotu

udostępniającego zasoby (tj. EUROVIA POLSKA S.A.), potwierdzającego brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na zasoby tego podmiotu – to niedopuszczalne jest wzywania więcej niż jeden raz do uzupełniania w tym samym zakresie dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający dodał, że z art. 128 ust. 5 pzp wyraźnie wynika, że pozwala on Zamawiającemu zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych tylko w razie powzięcia wątpliwości co do podmiotowych środków dowodowych, nie zaś w braku takich dokumentów, nieprzedłożonych mimo uprzedniego wezwania przez zamawiającego do ich złożenia w trybie art. 128 ust. 1 pzp.

Tak więc niedopuszczalne byłoby pozyskanie brakującego dokumentu poprzez wezwanie do jego złożenia (mimo wcześniejszego bezskutecznego wezwania przez zamawiającego do przedłożenia dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 pzp) podmiotu, na którego zasoby wykonawca się powołuje.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła istnienie materialnoprawnych przesłanek do wniesienia odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy PZP. Izba nie stwierdziła przesłanek do odrzucenia odwołania.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych S.A. z siedzibą w Szamotułach. Wszystkie wymogi formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione, a zatem należało uznać je za skuteczne.

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dokumenty, które załączone zostały przez strony do pism procesowych.

Okoliczności faktyczne istotne dla rozstrzygnięcia:

Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał, że zamierza powierzyć podwykonawcom realizację części zamówienia, wskazując na podmiot pn.: PRZEDSIĘBIORSTWO DROGOWO USŁUGOWE DROMAX R. K. K. S-C ul. GORZOWSKA STRZELCE KRAJ – ROBOTY BITUMICZNE.

Odwołujący oświadczył też, że w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w SWZ, polega na zasobach ww. podmiotu oraz, że wobec ww. podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania.

W dniu 5 sierpnia 2024 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z treścią wezwania:

„Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 w zw. z art. 118 ust. 3 i 4 oraz art. 125 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) wzywa Wykonawcę: Elektro Instal Glob sp. z o.o. ul. Kostrzyńska 89 66-400 Gorzów Wlkp. do złożenia, uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

1. W toku badania i oceny oferty Zamawiający stwierdził, iż Wykonawca w pkt 5 załączników do oferty wpisał: „5. Zobowiązanie podwykonawcy”, jednakże do oferty nie załączył przedmiotowego zobowiązania.

Zgodnie z art. 118 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania 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.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby potwierdza, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:

- 1) zakres dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
- 2) sposób i okres udostępnienia wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
- 3) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Wykonawca chcący skorzystać z zasobów podmiotu trzeciego podczas składania oferty nie musi dysponować jeszcze zasobami podmiotu trzeciego, ale musi mieć zapewnienie, iż zasoby te będzie miał, realizując umowę, którą podpisze z zamawiającym.

Dokument, który potwierdzi, iż wykonawca pozyska zasoby podmiotu trzeciego, nie musi przybierać formy zobowiązania. Może to być także inny podmiotowy środek dowodowy np. umowa, porozumienie o wspólnej realizacji zamówień, wspólne gwarancje kredytowe itp. Z treści takich dokumentów musi jednak wyraźnie wynikać zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy zasobów.

2. Z treści oferty i załącznika nr 2 do SWZ (oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu) wynika, że Wykonawca prace objęte zamówieniem zamierza powierzyć podwykonawcy i w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w SWZ polega na zasobach podmiotu: Przedsiębiorstwo Drogowo-Usługowe DROMAX R. K. i K. K. s.c. ul. Gorzowska 36 66-500 Strzelce Krajeńskie.

Zgodnie z treścią SWZ (Dział VII ust. 3 Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia): „3. Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby.”.

Mając powyższe na uwadze Zamawiający żąda złożenia i uzupełnienia przez Wykonawcę następujących podmiotowych środków dowodowych:

- 1) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (tj. R. K. i R. K. wspólników

Przedsiębiorstwo Drogowo-Usługowe DROMAX R. K. i R. K. s.c.) do oddania Wykonawcy 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;

- 2) oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby (tj. R. K. i R. K. wspólników

Przedsiębiorstwo Drogowo-Usługowe DROMAX R. K. i R. K. s.c.), potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Podmiotowe środki dowodowe należy złożyć w terminie do dnia 8 sierpnia 2024 r. do godz. 13:00.”

W dniu 8 sierpnia Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. wezwanie.

Wskazał w niej m. in., że:

„Składając ofertę przetargową chęć współpracy (możliwości terminowe i logistyczne) wykazywały dwie firmy: DROMAX S.C. z siedzibą w Strzelcach Krajeńskich (wskazana w ofercie jako potencjalny podwykonawca) oraz Eurovia Polska S.A. ul. Irysowa 1, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce. Po doprecyzowaniu warunków współpracy, możliwości terminowych i logistycznych, powołując się na SWZ, Rozdział VII pkt 11 (w nowym brzmieniu - pytania i odpowiedzi - wyjaśnienia 4) informuję, iż wykonawcą nawierzchni z mas bitumicznych będzie: Eurovia Polska S.A. ul. Irysowa 1, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce, która zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zadania.

W związku z powyższym przesyłam także poprawiony załącznik numer 2 do SWZ.”

Odwołujący oświadczył w załączniku nr 2 do SWZ, że w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w SWZ, polega na zasobach ww. podmiotu oraz, że wobec ww. podmiotu nie zachodzą podstawy wykluczenia z postępowania.

Odwołujący załączył również zobowiązanie ww. podmiotu do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie podjętej czynności:

„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zamawiający pismem z dnia 05.08.2024 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 2 w zw. z art. 118 ust. 3 i 4 oraz art. 125 ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) wezwał Wykonawcę Elektro Instal Glob sp. z o.o. ul. Kostrzyńska 89 66-400 Gorzów Wlkp. do złożenia i uzupełnienia następujących podmiotowych środków dowodowych:

- 1) zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby (tj. R. K. i R. K. wspólników Przedsiębiorstwo Drogowo-Usługowe DROMAX R. K. i R. K. s.c.) do oddania Wykonawcy 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;

2) oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby (tj. R. K. i R. K. wspólników Przedsiębiorstwo Drogowo-Usługowe DROMAX R. K. i R. K. s.c.), potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Pismem z 08.08.2024 r. wezwany wykonawca złożył wyjaśnienia, w których m.in. poinformował, iż wykonawcą nawierzchni z mas bitumicznych będzie Eurovia Polska S.A, ul. Irysowa 1, Bielany Wrocławskie, 55-040 Kobierzyce, która zobowiązuje się do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zadania. Wykonawca w załączeniu przesłał nową - zmienioną ofertę, wykaz robót - załącznik nr 4 do SWZ, poświadczenia dotyczące wykonanych robót, protokół odbioru końcowego, zobowiązanie Eurovia Polska S.A. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, a także poprawiony - zmieniony załącznik nr 2 do SWZ - oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu (w którym zostało zawarte oświadczenie Wykonawcy o braku podstaw do wykluczenia podmiotu, na którego zasobach zamierzał polegać).

Mając na uwadze przedstawiony wyżej stan faktyczny stwierdzenia wymaga, że Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z dnia 05.08.2024 r. do złożenia i uzupełnienia przez Wykonawcę wyżej wymienionych podmiotowych środków dowodowych nie złożył oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzającego brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby - do czego był zobowiązany.

Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Wykonawca złożył jedynie zobowiązanie Eurovia Polska S.A. do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, nie składając oświadczenia tego podmiotu o braku podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby. Zamawiający uwzględnił okoliczność, że Wykonawca wskazał inny niż w ofercie podmiot, na którego zasobach zamierza polegać na potrzeby wykonania zadania. Wykonawca miał prawo wskazać inny podmiot udostępniający zasoby (niż wskazany w ofercie), na którego zdolnościach lub sytuacji, zamierzał polegać, ale jednocześnie był zobowiązany złożyć zobowiązanie tego podmiotu (lub inny podmiotowy środek dowodowy), o którym mowa w

art. 118 ust. 3 pzp, oraz również oświadczenie tego podmiotu, o którym mowa w art. 125 ust. 5 pzp. O treści tych przepisów i obowiązkach z nich wynikających wykonawca został wyczerpująco pouczony w pierwszej części pisma z dnia 05.08.2024 r.

Skoro Wykonawca był już raz wezwany do złożenia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych to brak jest podstaw do ponownego wzywania w tym samym zakresie. Wykonawca miał już zatem szansę na uzupełnienie swojej oferty o brakujące podmiotowe środki dowodowe, jednakże z tej szansy nie skorzystał. Wielokrotne wzywanie do uzupełnienia tego samego dokumentu spowodowałoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto stanowiłoby złamanie zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów. Na Wykonawcy spoczywał obowiązek prawidłowego uzupełnienia dokumentu, w taki sposób, który umożliwiałby prawidłową weryfikację przez zamawiającego.

Wezwanie skierowane do Wykonawcy precyzyjnie wskazywało uchybienia, jakich Wykonawca dopuścił się składając podmiotowe środki dowodowe i precyzowało w jaki sposób Wykonawca ma usunąć stwierdzone w dokumentach braki.

Wykonawca złożył wprawdzie podpisane przez siebie oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ale pominął żądane przez zamawiającego oświadczenia podmiotów trzecich o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i niepodleganiu wykluczeniu. Wykonawca mógł i powinien złożyć oświadczenia o treści samodzielnie przygotowanej przez podmioty udostępniające mu swe zasoby, uwzględniając treść wezwania zamawiającego oraz obowiązujące przepisy prawa.

W tym stanie rzeczy mając na uwadze fakt, iż Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego; oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby potwierdzającego brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby Zamawiający odrzucił ofertę."

Uzasadnienie prawne:

Zarzut nr 1: Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 125 ust. 5 ustawy PZP wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy PZP 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.

W niniejszej sprawie nie ulega wątpliwości, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego zasoby, mógł wskazać inny podmiot, na zasobach którego będzie polegał celem wykazania warunków udziału w postępowaniu. Uprawnienie to wynika z art. 122 ustawy PZP.

Wskazać jednak należy, że sytuacja w niniejszym postępowaniu jest specyficzna. Otóż dokumenty dotyczące pierwotnego podmiotu trzeciego obarczone były brakami. Zamawiający szczegółowo wskazał je w wezwaniu z dnia 5 sierpnia 2024 r., a zastosowanie w tej sytuacji znalazł art. 128 ust. 1 ustawy PZP dotyczący uzupełniania dokumentów podmiotowych niezłożonych w ogóle, niekompletnych lub błędnych.

Wady przedłożonych dokumentów wskazane przez Zamawiającego polegały na tym, że nie zostało złożone w ogóle 1) zobowiązanie podmiotu trzeciego (art. 118 ust. 3 ustawy PZP) oraz 2) oświadczenie wstępne podmiotu trzeciego (art. 125 ust. 5 ustawy PZP). Następnie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący z własnej inicjatywy postanowił zmienić podmiot, na zasobach którego polegał celem wykazania warunków udziału w postępowaniu.

Ponownie jednak Odwołujący złożył dokumenty niepełne. Nie zostało przez Odwołującego złożone oświadczenie podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP.

Podsumowując Odwołujący wraz z ofertą złożył dokumenty obarczone brakami, które zostały mu szczegółowo wskazane przez Zamawiającego w wezwaniu. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący ponownie złożył dokumenty obarczone częściowo tymi samymi brakami, o których mowa była w wezwaniu Zamawiającego.

Nie ulega więc wątpliwości, że Zamawiający prawidłowo postąpił odrzucając jego ofertę. Wskazać należy, że ugruntowanym w orzecznictwie stanowiskiem jest zasada jednokrotności wezwania Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wyjątkiem od tej zasady jest np. wadliwość wezwania Zamawiającego. W niniejszej sprawie Zamawiający precyzyjnie jednak wskazał w wezwaniu jakimi brakami dotknięte są dokumenty składane przez Odwołującego (poza tym sam Odwołujący nie kwestionował nawet treści wezwania). Wobec tego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Odwołujący powinien był przedłożyć dokumenty, które nie są obarczone brakami, pod rygorem odrzucenia jego oferty, o czym mówi art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy

PZP. To, że Odwołujący z własnej inicjatywy postanowił zmienić podmiot trzeci nie tworzy dla niego dodatkowej szansy do uzupełniania podmiotowych środków dowodowych, w zakresie braków które już zostały stwierdzone przez Zamawiającego w pierwszym wezwaniu. Odwołujący ponownie nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP, co zamknęło Zamawiającemu drogę do ponownego wzywania w tym samym zakresie.

W zakresie twierdzeń Odwołującego, jakoby zasadnym byłoby wezwanie go do złożenia pełnomocnictwa udzielonego przez podmiot trzeci, co do oświadczenia złożonego przez Odwołującego w załączniku nr 2 do SWZ wskazać należy, co następuje:

W pierwszej kolejności ponownie należy powołać treść art. 125 ust. 5 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Tym samym oświadczenie wstępne dotyczy zarówno podstaw wykluczenia, jak też spełniania warunków udziału, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby. Zapisy powielające brzmienie przepisu art. 125 ust. 5 ustawy PZP znalazły się też w SWZ – wskazywał na nie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym obowiązek złożenia stosownego oświadczenia, pochodzącego bezpośrednio od podmiotu trzeciego, był jasny i zrozumiały.

Oświadczenie złożone w ramach załącznika nr 2 do SWZ jest oświadczeniem własnym Odwołującego, że podmiot, na zasoby którego się powołuje, nie podlega wykluczeniu. Tym samym oświadczenie to nie pochodzi bezpośrednio od podmiotu trzeciego, czego wymagała SWZ oraz przepisy ustawy PZP. Po drugie, oświadczenie to w swoim zakresie dotyczy jedynie podstaw wykluczenia, nie mówiąc nic o warunkach udziału w postępowaniu.

Brak jest argumentów za tym by twierdzić, że oświadczenie to jest obarczone brakiem w zakresie pełnomocnictwa – zarówno jego treść jak i zakres wyraźnie wskazują, że jest to oświadczenie samodzielne Odwołującego. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający prawidłowo zidentyfikował jego braki, tj. że oświadczenie to nie zostało w ogóle złożone, a nie że należałoby wezwać w tym zakresie do uzupełnienia pełnomocnictwa. Tym samym twierdzenia Odwołującego w tym zakresie należy uznać za gołosłowne.

Prawidłowe jest zatem stanowisko Zamawiającego przedstawione w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, jak też w odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut nr 2: Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zgodnie z art. 128 ust. 5 ustawy PZP jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Wskazać jednak należy, że ww. przepis służy potwierdzeniu prawidłowości informacji, które znajdują się w już złożonych

podmiotowych środkach dowodowych. Nie stanowi on jednak podstawy do ich uzupełniania. Zatem na podstawie art. 128 ust. 5 można wyjaśnić lub potwierdzić coś co już w podmiotowych środkach dowodowych się znajduje, za pomocą innych dokumentów lub informacji uzyskanych od podmiotu trzeciego. Przepis ten nie stanowi jednak odrębnej podstawy do uzyskiwania od wykonawców podmiotowych środków dowodowych, które nie zostały złożone.

W niniejszej sprawie Zamawiający prawidłowo wezwał Odwołującego do uzupełnienia m. in. oświadczenia podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 125 ust. 5 ustawy PZP i mógł to uczynić tylko na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy PZP. Przepis art. 128 ust. 5 mógłby przykładowo mieć zastosowanie w sytuacji, gdyby oświadczenie takie zostało złożone ale istniałyby np. wątpliwości w zakresie składu organów uprawnionych do reprezentacji podmiotu trzeciego – w takiej sytuacji Zamawiający mógłby zwrócić się bezpośrednio do podmiotu trzeciego celem przedłożenia stosownych dokumentów – np. uchwał, z których wynikałby aktualny skład osób reprezentujących dany podmiot. Takie informacje potwierdzałyby prawidłowość już przedłożonych dokumentów lecz nie prowadziłyby do ominięcia zasady jednokrotności wezwania dokumentów podmiotowych.

Tymczasem w niniejszej sprawie Odwołujący w ramach załącznika nr 2 do SWZ złożył oświadczenie, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania, w sytuacji gdy oświadczenie to powinien był złożyć podmiot trzeci bezpośrednio. Co więcej, oświadczenie to powinno dotyczyć zarówno podstaw wykluczenia, jak też spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie w jakim udostępniane są zasoby – na obowiązek złożenia takiego oświadczenia Zamawiający wyraźnie wskazywał w zapisach SWZ. Biorąc to pod uwagę brak jest podstaw do twierdzenia, że oświadczenie to składane jest w ramach umocowania uzyskanego od tego podmiotu, co nakazywałoby do wezwania do uzupełnienia pełnomocnictwa. Tym samym Zamawiający prawidłowo zidentyfikował zaistniały brak i dał temu wyraz w wezwaniu z 5 sierpnia. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty obciążone częściowo takimi samymi brakami – ponownie to Odwołujący złożył oświadczenie, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu, nie składając oświadczenia pochodzącego od tego podmiotu i dotyczącego również warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając powyższe należy uznać, że czynności Zamawiającego były prawidłowe.

W pozostałym zakresie Izba przyjmuje za swoją argumentację wskazaną przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz w odpowiedzi na odwołanie.

Zarzut nr 3: Zarzut ten jest tak naprawdę zarzutem wynikowym wobec zarzutów podstawowych nr 1 i 2. Skoro tak, niezasadność zarzutów podstawowych przesądza również o konieczności oddalenia zarzutu wynikowego.

Z powyższych względów, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy PZP oraz §8 ust. 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Izba odmówiła zasądzenia na rzecz Zamawiającego kosztów dojazdu w wysokości 1.117,80 zł. Pełnomocnik Zamawiającego wykazując zasadność poniesionych kosztów wskazał w spisie kosztów na podróż z miejscowości, która nie jest jego siedzibą, ani siedzibą Zamawiającego – nie przedstawiając w tym zakresie żadnych dodatkowych wyjaśnień. Tym samym Izba uznała poniesione koszty za nieuzasadnione, odmawiając ich zasądzenia.

Przewodniczący: