Sygn. akt KIO 3789/24

WYROK

Warszawa, dnia 31 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolant:Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 października 2024 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.T. F.H.U. DAMEKS, A.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A.A. w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego KATOWICKIE INWESTYCJ SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Katowicach

przy udziale uczestnika postępowania po stronie Zamawiającego BM AQUA SPÓŁKA Z OGRANICZON ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOWA z siedzibą w Będzinie

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia D.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.T. F.H.U. DAMEKS, A.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A.A., powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie ww. wykonawców, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia oświadczenia złożonego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia dla podmiotu udostępniającego zasoby, tj. K.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DKL DRAŻYK K.D.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez ww. wykonawców tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), 699 zł 20 gr (sześćset dziewięćdziesiąt dziewięć złotych dwadzieścia groszy), 51 zł 00 gr (pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictw

2.2.zasądza od zamawiającego: KATOWICKIE INWESTYCJE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Katowicach na rzec wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: D.T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą D.T. F.H.U. DAMEKS, A.P. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą A.A. kwotę 23 600 zł 00 gr (dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 3789/24

UZASADNIENIE:

Zamawiający KATOWICKIE INWESTYCJE SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Katowicach w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn: „Przebudowa sieci wodociągowej w ul. Dębowej na odcinku od ul. Bukowej do ul. Szpitalnej w Katowicach", nr referencyjny: KISA/PN/07/I/2024/DĘBOWA_WODOCIĄG.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp".

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej wdniu 24 lipca 2024 r. pod numerem: 444016-2024.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia D.T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą D.T. F.H.U. DAMEKS, A.P. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą A.A. (dalej: „Odwołujący") w dniu 14 października 2024 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, tj.:

(1) odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na brak ziszczenia się przesłanki w postaci niezłożenia w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub

innych dokumentów lub oświadczeń;
(2) zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci kompletnego oświadczenia JEDZ dla nowego podmiotu udostępniającego zasoby, to jest Pana K.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DKL DRAŻYK K.D..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na brak złożenia stosownych dokumentów, w sytuacji w której brak złożenia tych dokumentów wynika z niezasadnego zaniechania wezwania przez Zamawiający do uzupełnienia dokumentów (wykazania spełnienia warunków udziału oraz braku podstaw wykluczenia), co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego;
(2) art. 122 Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez zaniechanie zastosowania procedury uzupełniającej w zakresie wezwania Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci kompletnego oświadczenia JEDZ dla nowego podmiotu udostępniającego zasoby, to jest Pana K.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DKL DRAŻYK K.D.;
a w konsekwencji powyższych:
(3) art. 16 Pzp poprzez przeprowadzenie Postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

(1) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
(2) przeprowadzenia ponownego badania oraz oceny oferty złożonej przez Odwołującego, w tym w szczególności wezwania go, w trybie art. 128 ust. 1 Pzp, do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci kompletnego oświadczenia JEDZ dla nowego podmiotu udostępniającego zasoby, tj. Pana K.D. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą DKL DRAŻYK K.D..

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał m.in.:

Odwołujący wskazał, że został wezwany do uzupełnienie zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby – okolicznością bezsporną pomiędzy stronami jest to, że wraz z przedmiotowym dokumentem nie został złożony jeden z wymaganych załączników. Wezwanie dotyczyło konkretnego podmiotu, tj. Pani L.T..

Pani L.T. przed upływem terminu na uzupełnienie dokumentów wycofała się z udziału w Postępowaniu. Odwołujący nie miał na tę okoliczność żadnego wpływu. Rezygnacja Pani L.T. z udziału w Postępowaniu od strony formalnej niosła ten skutek, że przestał istnieć substrat wezwania. Tym samym jego uzupełnienie straciło rację bytu (okoliczność bezsporna).

Odwołujący podniósł, że w świetl powyższego, zgodnie z dyspozycją art. 122 Pzp, musiał powołać się na doświadczenie nowego podmiotu udostępniającego zasoby albo wykazać, że spełnia warunek samodzielnie. Zdecydował się na pierwszą z opcji i wykazanie spełnienia warunku za pomocą firmy: DKL DRAŻYK K.D..

Odwołujący podkreślił, że od strony formalnej przedłożył więc nowy dokument (zobowiązanie), które nie było przedmiotem badania i oceny ze strony Zamawiającego, a jego celem było zastąpienie dokumentu „nieistniejącego" już w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że składając ww. dokument nie uzupełniał więc zobowiązania podmiotu trzeciego złożonego wraz z ofertą, lecz informował o zastąpieniu tego podmiotu (dwie zupełnie inne czynności), samo zaś zobowiązanie złożone dla nowego podmiotu zostało przedłożone w sposób prawidłowy. Zamawiający natomiast przypisuje im dokładnie to samo znaczenie, na skutek wadliwie rozumianego formalizmu.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący wyjaśnił, że „jednokrotność" wzywania w oparciu o dyspozycję art. 128 ust. 1 Pzp nie może być sprowadzana do jednokrotnego jej zastosowania w postępowaniu. W przepisie tym chodzi bowiem o „jedną szansę" na poprawienie określonej wadliwości. Zamawiający nie może więc ponownie wzywać do uzupełnienia w tym samym zakresie. Może natomiast (nawet wielokrotnie) stosować ten przepis, o ile za każdym razem przedmiotem wezwania jest odrębne zagadnienie (inny zakres).

Odwołujący z ostrożności procesowej podnosił również brak możliwości samodzielnego uzupełnienia przez Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postepowaniu.

Reasumując, jeśli, zdaniem Zamawiającego, nie wystąpiły podstawy do zastosowania art. 128 ust. 1 Pzp, to Zamawiający (kierując się tym samym formalizmem, który skłonił go do przyjęcia takiego stanowiska) powinien wezwać Odwołującego do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału (posługując się w tym zakresie doświadczeniem własnym lub użyczonym). Tymczasem Zamawiający, z jednej strony, prezentując liberalne podejście, dopuszcza rozwiązanie, które nie znajduje wprost oparcia w treści Pzp („autouzupełnienie"), z drugiej natomiast, opowiadając się tym razem za daleko idącym formalizmem, wykłada zagadnienie jednokrotności wezwania w sposób niezwykle restrykcyjny. Zamawiający dopuszczając się ww. naruszeń w istocie doprowadził do odrzucenia oferty, która byłaby ofertą najkorzystniejszą biorąc pod uwagę kryteria oceny ofert, w tym cenę.

Pismem z dnia 25 października 2024 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie.

Zdaniem Zamawiającego zarzuty odwoławcze oraz wnioski odwołania, dotyczą wyłącznie czynności odrzucenia oferty Odwołującego i nie obejmują swoim zakresem czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (brak odrębnego zarzutu czy też zarzutu łączonego z zarzutem naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP. W tej sytuacji, tj. wobec pozostawienia czynności wyboru bez zaskarżenia stwierdzić należy, iż z upływem dziesięciodniowego terminu do złożenia odwołania czynność ta w istocie „uprawomocniła się", co wobec związania Krajowej Izby Odwoławczej zarzutami odwołania, w istocie czyni jego rozpoznanie bezprzedmiotowym, albowiem nawet w przypadku pozytywnego jego rozpoznania Zamawiający nie powinien już być uprawniony do wzruszenia prawomocnej decyzji w ramach Postępowania. W ocenie Zamawiającego już przedmiotowe skutkować winno oddaleniem odwołania.

W dalszej części uzasadnienia Zamawiający podniósł tożsame okoliczności jakie wskazał w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego.

Wykonawca BM AQUA SPÓŁKA ZOGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ SPÓŁKA KOMANDYTOV siedzibą w Będzinie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 25 października 2024 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o ich oddalenie w całości.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym ww. wykonawcę. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

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

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

Izba nie zgodziła się z Zamawiającym, że odwołanie jest bezprzedmiotowe, i z tego względu winno być oddalone. Przede wszystkim postępowanie odwoławcze staje się bezprzedmiotowe w sytuacji, gdy przestał istnieć przedmiot zaskarżenia - czynności lub zaniechania Zamawiającego utraciły swój byt. W przedmiotowej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca. Po drugie, Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w wyniku wadliwego badania i oceny ofert. I choć faktycznie Odwołujący nie wskazał w odwołaniu wprost, że zaskarża czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, to wybór ten jest wynikiem czynności odrzucenia oferty Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Co za tym idzie Izba rozpoznała merytorycznie odwołanie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest przebudowa sieci wodociągowej w ul. Dębowej na odcinku od ul. Bukowej do ul. Szpitalnej w Katowicach.

Zamawiający w pkt X.5. specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") wskazał:

Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub inny środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca, realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, musi potwierdzać, że stosunek łączący wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz musi określać 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.

Ponadto zobowiązanie musi zawierać oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, iż nie podlega on wykluczeniu na podstawie art. 5k wprowadzonego Rozporządzeniem Rady UE 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi

sytuację na Ukrainie.

W przedmiotowym postępowaniu ofertę złożyło trzech wykonawców, w tym Odwołujący. Oferta Odwołującego została oceniona najwyżej wg kryteriów oceny ofert.

Wraz z ofertą Odwołujący przedłożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby wystawione przez L.T. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowo - Usługowe Danama L.T.. Zobowiązanie zostało złożone na okoliczność potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IX pkt 1 ppkt 1 SWZ.

Zamawiający, pismem z dnia 10 września 2024 r., wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający stwierdził m.in., że przedłożone wraz z ofertą zobowiązanie nie zawiera oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 5k wprowadzonego Rozporządzeniem Rady UE 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie. Z tego też względu Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, tj. P.P.H.U. Danama L.T., do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia – zawierającego wszystkie elementy wskazane w pkt X.5. SWZ.

W odpowiedzi na ww. wezwanie, Odwołujący, w piśmie z dnia 16 września 2024 r., wskazał, co następuje: *ze względu na wycofanie się z postępowania przetargowego podmiotu P.P.H.U. DANAMA L.T. z siedzibą w Imielinie, który w ofercie wskazany był jako podmiot udostepniający zasoby, Wykonawca zastępuje w/w podmiot i składa dokumenty firmy DKL DRAŻYK K.D. z siedzibą w Chudowie, jako podmiotu udostepniającego zasoby, w tym:*

- *oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp – w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia dla podmiotu DKL DRAŻYK K.D.*
- *zobowiązanie podmiotu do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadania niezbędnego doświadczenia dla wymagań określonych w części IX pkt 1) SWZ, jako wykonania w sposób należyty w ciągu ostatnich 5 lat, liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o średnicy wewnętrznej min. Ø250 mm i o długości min. 300 mb, co zostanie poparte referencjami posiadanymi przez podmiot udostępniający zasoby, dającymi gwarancję wykonania zamówienia wraz z oświadczeniem, że podmiot udostępniający zasoby będzie czynnie uczestniczył w realizacji zadania na zasadach podwykonawstwa przez cały okres realizacji kontraktu, tj. zrealizuje roboty budowlane i usługi, których dotyczą wskazane zdolności, w szczególności wykona prace związane z budową sieci wodociągowej.*

W związku z wycofaniem się z udziału w postępowaniu przetargowym podmiotu P.P.H.U. DANAMA L.T. oraz zastąpienie go podmiotem DKL DRAŻYK K.D. jako podmiotu udostepniającego zasoby, bezprzedmiotowym stało się uzupełnienie i wyjaśnianie w zakresie wezwania z dnia 10.09.2024r., tj. uzupełnienie treści zobowiązania podmiotu P.P.H.U. DANAMA L.T..

Pismem z dnia 4 października 2024 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuconej ofercie Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp *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.

Art. 122 ustawy Pzp stanowi, że *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.*

Z kolei zgodnie z art. 128 ust. 1 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, chyba że:*
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich

złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 16 pkt 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.*

Poza sporem było to, że procedura wezwania wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter jednokrotny. Oczywistym jest, że wykonawca wzywany jest do uzupełnienia/poprawienia podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu w określonym zakresie tylko raz i tylko raz może je uzupełnić/poprawić. Inaczej rzecz ujmując, tylko raz ale w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego dokumentu/oświadczenia.

Osią sporu między Stronami była ocena czy dokonanie przez Odwołującego samodzielnej zmiany podmiotu udostępniającego zasoby wyczerpuje procedurę uzupełniania dokumentów na podstawie w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający podziela dotychczasowe stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej o możliwości samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego, bez uprzedniego wezwania zamawiającego. Oczywistym jest, że od podmiotów biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jako podmiotów profesjonalnym, wymaga się dochowania należytej staranności w przygotowanie i przedłożenie niezbędnych dokumentów niezawierających błędów. W tym miejscu warto jednak przypomnieć jaki jest cel przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Istotą procedury, o której mowa powyżej, jest umożliwienie wykonawcom naprawienie błędów. Co za tym idzie wykonawca musi wiedzieć, gdzie zamawiający upatruje błąd aby móc go przy poprawieniu dokumentów naprawić.

Nie można tracić z pola widzenia, że brak jest regulacji prawnych w zakresie skutków samodzielnego przedłożenia przez wykonawcę dokumentów dla podmiotu udostępniającego zasoby. Powyższe nie może jednak skutkować przyjęciem, że w takiej sytuacji art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie obowiązuje. Zdaniem Izby samouzupełnienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu nie pozbawia wykonawcy prawa bycia poinformowanym, podobnie jak inni wykonawcy biorący udział w postępowaniu, jakimi konkretnie wadami dotknięte są złożone przez niego dokumenty aby umożliwić mu ich uzupełnienie lub poprawienie.

Nie zasługiwały na aprobatę twierdzenia Zamawiającego, że przyjęcie stanowiska Odwołującego co do możliwości wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp mogłoby doprowadzić do wielokrotnej zmiany podmiotu trzeciego. W tym miejscy należy zaznaczyć, że w doktrynie i orzecznictwie nie ma sporu co do tego, że zamawiający (w oparciu o art. 122 ustawy Pzp) może tylko raz żądać, aby wykonawca zastąpił podmiot innym podmiotem lub podmiotami aby wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W konsekwencji, jeżeli wykonawca niejako „zastępuje" zamawiającego i samodzielnie dokonuje zmiany podmiotu trzeciego innym podmiotem (czy też wykazuje, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu), to również może to zrobić tylko raz. Zatem za niezasadne należało uznać argumentację Zamawiającego, że mogłoby dochodzić do wielokrotnej zmiany podmiotu udostępniającego zasoby.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z § 2 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości wpisu od odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……