

## WYROK

Warszawa, dnia 16 kwietnia 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2024 r. przez wykonawcę Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejską Arenę Kultury i Sportu w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Lunatec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie

### orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Lunatec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie z uwagi na to, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Miejską Arenę Kultury i Sportu w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi, w następujący sposób:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi tytułem wynagrodzenia pełnomocnika,
- 2.2. zasądza od Zamawiającego – Miejskiej Areny Kultury i Sportu w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi na rzecz Odwołującego - Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wpisu oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi tytułem 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 1006/24

### Uzasadnienie

Zamawiający: Miejska Arena Kultury i Sportu w Łodzi Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łodzi (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz.1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. „Zaprojektowanie i wykonanie roboty budowlanej dotyczącej przebudowy oświetlenia hali widowiskowo – sportowej ATLAS ARENA w Łodzi przy al. Bandurskiego 7” (nr ref.: MAKiS/Rb/01/2024). Wartość zamówienia nie przekracza progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 stycznia 2024 r. pod nr 2024/BZP 00007516

Dnia 25 marca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 i nast. ustawy Pzp odwołanie na zaniechanie czynności Zamawiającego w ramach prowadzonego przez niego postępowania polegających na (i) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. wykonawcy Lunatec Sp. z o.o. z siedzibą w Piasecznie (dalej: „LUNATEC”), (ii) dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę LUNATEC, pomimo że, nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz nie spełniał warunków udziału w postępowaniu złożył wykonawca Optima Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z siedzibą w Łodzi (dalej: „Odwołujący”).

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1) pkt. 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. LUNATEC pomimo, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń,

wyłącznie z ostrożności procesowej na wypadek nieuwzględnienia zarzutu wskazanego w pkt. 1 Odwołujący zarzucał Zamawiającemu także naruszenie:

2. art. 226 ust. 1) pkt. 2) lit. b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. LUNATEC pomimo, że Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności badania i oceny ofert oraz unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę Zamawiający uznał za najkorzystniejszą tj. LUNATEC.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania. Zdaniem Odwołującego, gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej czynności badania i oceny ofert, wówczas odrzuciłby ofertę złożoną przez LUNATEC, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. W konsekwencji, Zamawiający przystąpiłby do dalszych czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a Odwołujący miałby realną szansę uzyskania zamówienia w szczególności mając na względzie fakt, że Odwołujący w tych warunkach uzyskałby kolejne miejsce w rankingu ofert (za ofertą wykonawcy wybranego przez Zamawiającego). Jest tak dlatego, jak wskazał Odwołujący, że spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz uzyskałaby największą ilość punktów w ustalonych kryteriach oceny ofert. Działania Zamawiającego zdaniem Odwołującego naruszają jego usprawiedliwiony interes ekonomiczny oraz skutkują powstaniem po jego stronie realnej szkody – nieuprawnionym pozbawieniem możliwości uzyskania zamówienia.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w 515 ust. 1 pkt. 2 lit. a) ustawy Pzp. Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu Odwołujący uzyskał w dniu 20 marca 2024 r. zatem termin na wniesienie odwołania upłynął dnia 25 marca 2024 r.

Wpis od odwołania w kwocie 10 000,00 złotych (dziesięć tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu pierwszego z zarzutów odwołania Odwołujący podał, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu określił w pkt. VIII ust. 4 lit. a) SWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w ten sposób, że Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub wymianie oświetlenia w hali sportowej lub przemysłowej w ramach jednej umowy o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 PLN brutto. Wykonawca LUNATEC wraz z ofertą przedłożył wykaz robót stanowiący załącznik nr 5 do SWZ, z którego wynika, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu powołuje się na doświadczenie innego podmiotu tj. OZE Solutions a.s Adres Tulipanova 1, 90301 Senec, Slovakia w ramach zamówienia wykonanego dla odbiorcy Zimny Stadion Ondreja Nepali w Bratysławie, którego zakres miał obejmować wymianę oryginalnego energooszczędne oświetlenia wyładowczego Arena Vision na nowe, nowoczesne energooszczędne lampy LED ze ściemnianym statecznikiem HD TV DMX 0-100% na potrzeby Mistrzostw Świata w Hokeju na Lodzie w 2019 r. Odwołujący wskazał, że wykonawca nie wskazał jakichkolwiek pozostałych robót w wykazie. Odwołujący zauważył, że w pkt. 8) formularza oferty LUNATEC wskazał, że zamierza korzystać z podwykonawstwa wskazanego podmiotu w zakresie dostawy reflektorów oraz systemu sterowania. Do oferty załączono

także list referencyjny wystawiony przez OZE Solutions a.s. oraz dokument mający stanowić odpowiednik informacji z KRS w Słowacji bez tłumaczenia na język polski.

Odwołujący wskazał, że stosownie do treści art. 118 ust. 3 ustawy Pzp zobowiązanie podmiotu trzeciego jest szczególnym środkiem dowodowym. Należy je złożyć wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a nie jak w przypadku pozostałych środków dowodowych – dopiero na wezwanie zamawiającego skierowane do wykonawcy, którego oferta jest najkorzystniejsza. Wykonawca LUNATEC nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego wraz z ofertą. LUNATEC nie złożył także oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i o spełnieniu

warunków udziału w postępowaniu zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ.

W dniu 29 stycznia 2024 r. Zamawiający działając w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał LUNATEC do uzupełnienia następujących dokumentów oraz oświadczeń, które nie zostały złożone wraz z ofertą:

1. Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
2. Oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w wezwaniu obszernie i precyzyjnie wskazał na obowiązki wykonawcy związane z dokumentem zobowiązania. Powołując się na orzecznictwo KIO oraz komentarze do ustawy Pzp udzielił wykonawcy wezwaniem jasnych i precyzyjnych wskazówek i oczekiwań co do treści, i formy przedłożonego zobowiązania. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie był zobligowany do tak szerokiego uzasadnienia wezwania jednak zdecydował się na obszerne i szczegółowe wyjaśnienie wykonawcy jakie wymogi formalne musi spełniać zobowiązanie.

Na końcu wezwania Zamawiający zawarł pouczenie, że nieuzupełnienie dokumentów oraz oświadczeń będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. LUNATEC nie wykonał wezwania Zamawiającego, ponieważ wbrew precyzyjnym oczekiwaniom Zamawiającego przedłożył zobowiązanie wadliwe, niespełniające szeregu literalnych wymogów ustawy Pzp. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie brakowe Zamawiającego nie przedłożył dokumentów rejestrowych pozwalających stwierdzić umocowanie osoby podpisującej zobowiązanie w imieniu OZE Solutions a.s. w osobie J.S.. Dokument rejestrowy pozwalający stwierdzić umocowanie nie został złożony także wraz z ofertą. Okoliczności powyższe powinny zdaniem Odwołującego już na etapie braku wykonania przez LUNATEC pierwszego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp skutkować bezwzględnym odrzuceniem oferty LUNATEC na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający wbrew ustawie zdecydował się skierować ponownie pismem z dnia 6 lutego 2024 r. do LUNATEC wezwanie o uzupełnienie dokumentu zobowiązania o treści wskazanej poniżej:

Działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 roku poz. 1605 ze zm.), zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia następujących dokumentów zawierających błędy:

Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.

W ocenie Odwołującego Zamawiający w oczywisty sposób naruszył postanowienia ustawy Pzp ponownym wezwaniem o uzupełnienie tego samego dokumentu zobowiązania, a oferta LUNATEC powinna zostać odrzucona już na etapie braku wykonania pierwszego wezwania Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, a Zamawiający z całą pewnością nie był zdaniem Odwołującego uprawniony do kierowania kolejnego wezwania o ten sam dokument w szczególności w sytuacji w której LUNATEC zlekceważył jasne i precyzyjne wytyczne Zamawiającego nie zawierając kluczowych elementów w dokumencie zobowiązania tj. zakresu dostępnych zasobów, sposobu udostępnienia zasobów, wykazania w jaki realny sposób podmiot udostępniający zasoby będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Nadto, LUNATEC zarówno na pierwsze jak również nawet na drugie wezwanie o zobowiązanie nie wykazał umocowania osoby J.S. do złożenia zobowiązania za OZE Solutions a.s.

W dalszej części uzasadnienia zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób nieuprawniony przyjął, że oferta LUNATEC może podlegać dalszemu badaniu oraz wezwał tego wykonawcę pismem z dnia 13 lutego 2024 r. w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych w tym m.in.:

Wykonawca na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp przedłożył dokumenty, które zdaniem Odwołującego okazały się wadliwe.

W konsekwencji Zamawiający pismem z dnia 19 lutego 2024 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp kolejny raz wezwał LUNATEC do złożenia oraz uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Uzasadniając wezwanie Zamawiający wskazał m.in., że LUNATEC złożył dla OZE Solutions a.s. odpowiedni wyciąg ze Słowackiego Ministerstwa

Sprawiedliwości, jednakże wraz z nim wykonawca winien złożyć jego tłumaczenie na język polski. W związku z powyższym

Zamawiający wzywa do uzupełnienia tłumaczenia na język polski złożonego przez wykonawcę dokumentu. Odwołujący zauważył, że Zamawiający wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych LUNATEC złożył wykaz robót budowlanych, natomiast nie złożył dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane. Oznacza to, że referencje nie mogą być samodzielnym oświadczeniem wykonawcy, że wykonał daną robotę budowlaną. Zamawiający ponownie wskazał, że nieuzupełnienie dokumentów oraz oświadczeń będzie skutkowało odrzuceniem oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. LUNATEC przedłożył tłumaczenie dokumentu, z którego wynika wprost, że ma charakter wyłącznie informacyjny nie służy do celów prawnych. Dokument nie zawiera podpisu wystawcy. Przede wszystkim jednak dokument nie potwierdza braku podstaw wykluczenia o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący wskazał, że Zamawiający zdecydował się unieważnić pierwotną czynność odrzucenia oferty LUNATEC oraz pismem z dnia 12 marca 2024 r. korzystając z dyspozycji art. 122 ustawy Pzp zażądał, aby wykonawca zastąpił podmiot wskazany (do spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej) innym podmiotem lub innymi podmiotami albo aby wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. W wezwaniu z dnia 12 marca 2024 r. Zamawiający stwierdził, że LUNATEC na wezwanie zamawiającego nie wykazał, że podmiot, na którego doświadczenia się powoływał tj. OZE Solutions a.s spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu a tym samym Zamawiający zobowiązany jest do wezwania w trybie art. 122 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że regulacja wynikająca z art. 122 ustawy Pzp nie stanowi (jak mylnie wywodził LUNATEC w pierwotnym odwołaniu) odrębnej podstawy do uzupełnienia dokumentów zastępującej regulację z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp lub stanowiącej wyłom od zasady jednokrotnego wezwania przez Zamawiającego o ten sam dokument.

Zamawiający w treści wezwania w trybie art. 122 ustawy Pzp wskazał, że oczekuje zastąpienia OZE Solutions a.s. innym podmiotem lub innymi podmiotami albo aby wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący zauważył, że LUNATEC nie wskazał innego podwykonawcy, nie wykazał samodzielnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz postanowił ograniczyć się do przedstawienia nowych referencji (ponownie bez wykazu robót) mających potwierdzać realizację przez OZE Solutions A.S. tego samego zamówienia co pierwotnie wskazane w wykazie.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego odwołania Odwołujący wskazał, że LUNATEC przedłożył wykaz robót z którego nie wynika wartość robót, wynika natomiast, że firma OZE Solutions a.s, Tulipanova 1, 90301 Senec, Slovakia zrealizowała robotę polegającą na wymianie „oryginalnego energooszczędnego oświetlenia wyładowczego Arena Vision na nowe, nowoczesne energooszczędne lampy LED ze ściemnianym statecznikiem HD TV DMX 0-100% na potrzeby Mistrzostw Świata w Hokeju na Lodzie w 2019 r. „dla odbiorcy Zimny Stadion Ondreja Nepali w Bratysławie. LUNATEC nie wskazywał innych podmiotów aniżeli OZE Solutions S.A., które miałyby wykonać robotę wskazaną w wykazie. Nie polegał także na potencjale innych podmiotów lub grup wykonawców. Z referencji przedłożonych w dniu 22 lutego 2024 r. nie wynikało, iż firma OZE Solutions a.s. zrealizowała wymianę oświetlenia wskazaną w wykazie. Referencje nie wskazywały także na wartość prac oraz referowały do bliżej nieokreślonej grupy wykonawców tj. Led.sk / Pro JGS / Leader Light / OZE Solutions.

W ocenie Odwołującego nie można uznać, że LUNATEC potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie określonym w SWZ tj. jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub wymianie oświetlenia w hali sportowej lub przemysłowej w ramach jednej umowy o wartości nie mniejszej, niż 800.000,00 PLN brutto. Przedłożone dokumenty zdaniem Odwołującego nie potwierdzają, że OZE Solutions wykonała samodzielnie zakres robót ujęty w wykazie. W sytuacji, w której OZE Solutions nie nabyła samodzielnie ww. doświadczenia w całości i co do kwoty objętej referencjami to nie może przypisać sobie tego doświadczenia, a następnie dokonać transferu na rzecz LUNATEC. W ocenie Odwołującego nie można nawet przyjąć, że modernizację oświetlenia wykonywało konsorcjum czterech podmiotów tj. Led.sk / Pro JGS / Leader Light / OZE Solutions, ponieważ informacje od odbiorcy robót przeczą takiej tezie. Nadto, w takim przypadku konieczne byłoby przyporządkowanie wartości zrealizowanych prac każdemu podmiotowi z osobna w tym co do wartości i następnie w takim tylko zakresie mógłby zostać dokonany transfer. Nie można także przyjąć, że firma OZE Solutions była podwykonawcą, ponieważ informacje od odbiorcy robót przeczą takiej tezie.

Zamawiający w dniu 9 kwietnia 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron oraz uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie. Odnosząc się do wniosku Zamawiającego i Przystępującego dotyczącego odrzucenia odwołania w części na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, że Odwołujący na wcześniejszym etapie postępowania, kiedy to jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie mógłby wykazać szkody, co jest niezbędnym elementem wykazania posiadania interesu we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, że wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Lunatec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Lunatec Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Piasecznie („Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie, pisma procesowego z dnia 9 kwietnia 2024 r. złożonego przez Przystępującego, pisma procesowego wraz z załącznikami złożonego dnia 9 kwietnia 2024 r. przez Odwołującego, dowodów złożonych przez Odwołującego na posiedzeniu i rozprawie oraz dowodu złożonego przez Przystępującego na rozprawie.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Rozpoznanie sprawy przez Izbę dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia i wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy LUNATEC z uwagi na to, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez negocjacji pn. "Zaprojektowanie i wykonanie roboty budowlanej dotyczącej przebudowy oświetlenia hali widowiskowo – sportowej ATLAS ARENA w Łodzi przy al. Bandurskiego 7". Oferty złożyło 11 wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący. Przystępujący w celu wykazania spełniania określonego w SWZ warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej powołał się na doświadczenie innego podmiotu tj. OZE Solutions a.s. 29 stycznia 2024 r. Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów oraz oświadczeń, które nie zostały złożone wraz z ofertą tj.:

1. Zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
2. Oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia i o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, Zamawiający udzielił Przystępującemu jasnych i precyzyjnych wskazówek oraz oczekiwań co do treści i formy zobowiązania, które ma zostać przedłożone.

LUNATEC w odpowiedzi na otrzymane wezwanie nie przedłożył dokumentów rejestrowych potwierdzających umocowanie pana Juliusa Szaraza do podpisania zobowiązania w imieniu OZE Solutions a.s.

Dnia 6 lutego 2024 r. Zamawiający ponownie wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów. Zażądał on przedłożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. W uzasadnieniu wezwania skierowanego do Przystępującego Zamawiający wskazał, że złożył on zobowiązanie podmiotu trzeciego, zawierającego błąd, ponieważ zobowiązanie to nie zawiera w sobie wszystkich elementów z art. 118 ust. 4 ustawy Pzp, który stanowi, że:

„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.”

Następnie pomimo nie uzyskania kompletu żądanych dokumentów od LUNATEC, Zamawiający skierował do Przystępującego wezwania z dnia 13 lutego 2024 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający zażądał złożenia:

1) Oświadczenia wykonawcy, w zakresie art. 108 ust. 1 pkt. 5 ustawy, o braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2019 r. poz. 369), z innym wykonawcą, który złożył odrębną ofertę, ofertę częściową lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, albo oświadczenia o przynależności do tej samej grupy kapitałowej wraz z dokumentami lub informacjami potwierdzającymi przygotowanie oferty, oferty częściowej lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu niezależnie od innego wykonawcy należącego do tej samej grupy kapitałowej – załącznik nr 3 do SWZ;

2) Odpisu lub informacji z Krajowego Rejestru Sądowego lub z Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej, w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy, sporządzonych nie wcześniej niż 3 miesiące przed jej złożeniem, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji;

3) Wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - inne odpowiednie dokumenty; wzór wykazu robót stanowi Załącznik nr 4 do SWZ.

Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w pkt.1, także

oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia

tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

W dniu 19 lutego 2024 r. Zamawiający skierował do LUNATEC wezwanie do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał, że LUNATEC w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych nie złożył wymaganego oświadczenia dla wykonawcy tj. Lunatec sp. z o.o. w związku z czym wezwanie do uzupełnienia stało się konieczne. Zamawiający w wezwaniu wskazał, że LUNATEC zgodnie z wezwaniem do złożenia podmiotowych środków dowodowych złożył dla OZE Solutions a.s. odpowiedni Wyciąg ze Słowackiego Ministerstwa Sprawiedliwości, jednakże wraz z nim wykonawca winien złożyć jego tłumaczenie na język polski. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do uzupełnienia tłumaczenia na język polski złożonego przez Przystępującego dokumentu. Zamawiający również wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych Przystępujący złożył wykaz robót budowlanych, natomiast nie złożył dowodów określających, czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie. Zamawiający zauważył, że dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane zostały wykonane. Oznacza to że referencje nie mogą być samodzielnym oświadczeniem wykonawcy że wykonał daną robotę budowlaną.

W dniu 29 lutego 2024 r. Zamawiający dokonał wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego jednocześnie dokonując odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) b) i c) oferty LUNATEC wskazując, że przedłożone na wezwanie Zamawiającego dokumenty nie potwierdzają postawionego przez Zamawiającego wymogu, natomiast ustawa Pzp nie zezwala Zamawiającemu na wielokrotne wzywianie do poprawiania lub uzupełniania nieprawidłowo przygotowanych dokumentów, jak również nie zezwala na ich samodzielne uzupełnianie przez wykonawcę po wyznaczonym terminie. Od takiej decyzji Zamawiającego odwołanie złożył Przystępujący kwestionując prawidłowość czynności Zamawiającego. Zamawiający w dniu 11 marca 2024 r. unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jednocześnie informując wykonawców, że dokona ponownego badania i oceny ofert. Przeprowadzone przez niego badanie skutkowało skierowaniem do Przystępującego wezwania z dnia 12 marca 2024 r. na podstawie art. 122 ustawy Pzp, w którym zażądał, aby Przystępujący zastąpił podmiot wskazany do spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na wykazaniu przez Wykonawcę że: w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie co najmniej jedną robotę budowlaną polegającą na budowie, przebudowie lub wymianie oświetlenia w hali sportowej lub przemysłowej w ramach jednej umowy o wartości nie mniejszej niż 800.000,00 PLN brutto innym podmiotem lub innymi podmiotami albo aby wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający wskazał, że wykonawca na jego wezwanie nie wykazał, że podmiot na którego doświadczenia się powoływał tj. OZE Solutions a.s. spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu. Wobec tego Zamawiający zażądał, aby Przystępujący w terminie do dnia 18 marca 2024 r. do godz. 10:00 zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub

podmiotami przez złożenie zobowiązania nowego podmiotu udostępniającego zasoby 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, albo aby wykonawca wykazał, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na skierowane do niego wezwanie Przystępujący 13 marca 2024 r. skierował do Zamawiającego prośbę o doprecyzowanie jego intencji zawartych w piśmie z dnia 12 marca 2024 r. Odpowiadając Zamawiający powtórzył propozycje interpretacji zawarte w piśmie Przystępującego. W odpowiedzi wykonawca ten wraz pismem z dnia 17 marca 2024 r. (podpisany dnia 18 marca 2024 r.) przedłożył Zamawiającemu ponowne referencje wystawione przez OZE Solutions a.s oraz tłumaczenie wypisu z rejestru. W ocenie Izby Przystępujący nie przedłożył w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie poprawnych podmiotowych środków dowodowych, których zażądał w oparciu o art. 122 ustawy Pzp. W wezwaniu z 12 marca 2024 r. Zamawiający jednoznacznie odniósł się i dokonał oceny dokumentów przedłożonych przez Przystępującego na wcześniejszym etapie postępowania. Jego zdaniem nie wykazał on, że podmiot, na którego doświadczenia się powoływał tj. OZE Solutions a.s. spełnia postawiony warunek udziału w postępowaniu. Dlatego też Przystępujący powinien był udzielając odpowiedzi na wezwanie zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wskazać, że samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu. Tego jednak nie uczynił przedkładając dokumenty, których przed odrzuceniem jego oferty dnia 29 lutego 2024 r. żądał Zamawiający (m.in. wezwaniem z dnia 19 lutego 2024 r.). W ocenie Izby żądanie Zamawiającego było jednoznaczne, natomiast niezrozumiała jest jego modyfikacja zgodnie z sugestią Przystępującego o możliwość uzupełnienia/poprawienia dotychczasowych podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający wskazał jako podstawę możliwości takiego żądania art. 122 ustawy Pzp w zw. z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zauważyć jednak należy, że Zamawiający skierował już uprzednio wezwanie do przedłożenia dokumentów przedłożonych przez Przystępującego, w związku z tym ponowne wzywanie do tego samego byłoby nieuprawnione. Co więcej należy zauważyć, że Zamawiający udzielając odpowiedzi nie doprecyzował, czego miałyby dotyczyć ewentualne wyjaśnienie lub uzupełnienie. Przystępujący sam dokonał takiej oceny (zapewne w oparciu o wcześniej kierowane do niego wezwanie oraz uzasadnienie odrzucenia jego oferty). Zdaniem Izby Zamawiający bardzo wyraźnie i precyzyjnie określił, jakich podmiotowych środków dowodowych żąda, w związku z czym należy uznać, że Przystępujący wymaganych podmiotowych środków dowodowych w wyznaczonym terminie nie złożył.

Izba podziela stanowisko wyrażone w wyroku KIO z dnia 18 maja 2021 r. w sprawie o sygn. 939/21, zgodnie z którym relacja przepisów art. 122 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest analogiczna do tej pomiędzy art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. Regulacja wyrażona w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie oświadczeń z art. 125 ust. 1 tej ustawy, podmiotowych środków dowodowych, oraz innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Natomiast, przepis art. 122 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy, w sytuacjach określonych w art. 128 tej ustawy, przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 122 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert podmiot trzeci, z jakichś przyczyn, nie będzie potwierdzał, że dysponuje wymaganym przez zamawiającego zasobem lub, gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. W każdym z powyższych przypadków - reguła jednokrotnego wezwania o ten sam dokument na podstawie art. 128 ustawy Pzp, w związku z brzmieniem tego przepisu - nie ulega zmianie.

Mając na uwadze powyższe, Izba zgadza się z Odwołującym, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę, którego ofertę uznał za najkorzystniejszą tj. LUNATEC pomimo, że wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, innych dokumentów lub oświadczeń.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 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. 2020 r. poz. 2437), obciążając kosztami postępowania Zamawiającego.

Przewodnicząca: .....