Sygn. akt: KIO 1028/25

WYROK

Warszawa, dnia 2 kwietnia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Matecka
Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu18 marca 2025 r. przez wykonawcę Nolen Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Jedwabne

przy udziale wykonawcy Emkan Sp. z o.o. z siedzibą w Zambrowie - uczestnika po stronie zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.
2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
2.1.zalicza do kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 579 zł 95 gr (słownie: pięćset siedemdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdy na posiedzenie i rozprawę;
2.2.zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 179 zł 95 gr (słownie: cztery tysiące sto siedemdziesiąt dziewięć złotych dziewięćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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 1028/25

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Jedwabne (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa sieci wodociągowej w miejscowościach Grądy Wielkie — Kamianki oraz budowa przydomowych oczyszczalni ścieków na nieruchomościach położonych na terenie Gminy Jedwabne". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00072764.

I. W dniu 18 marca 2025 r. wykonawca Nolen Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego, zaniechania wezwania Odwołującego, jako wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę, do złożenia wszystkich dokumentów podmiotowych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie w szczególności przepisów art. 16 pkt 1, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c oraz art. 274 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: „ustawa Pzp").

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał w szczególności:

W toku czynności badania ofert, w dniu 27 lutego 2025 r., Zamawiający przesłał Odwołującemu dwa pisma. Pierwsze pismo stanowiło wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty, a drugie wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów. W piśmie stanowiącym wezwanie do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty Zamawiający sformułował następujące wezwanie: „Proszę o udzielenie wyjaśnień dotyczących braku zawarcia zapisów dotyczących powierzenia podwykonawcy części zamówienia oraz nazw podwykonawców. Ze złożonych do oferty dokumentów jednoznacznie

wynika, iż Wykonawca będzie korzystał z usług podmiotów udostępniających zasoby. Prosimy o wyjaśnienie, czy Wykonawca będzie korzystał z usług podwykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w jakim zakresie oraz o podanie nazw tych podwykonawców". W kolejnym piśmie, przesłanym w tym samym dniu, Zamawiający zwrócił się do Odwołującego z następującym wezwaniem: „Wykonawca w dokumentach do złożonej oferty, tj. załącznik nr 2 oraz załącznik nr 2a zawarł informacje, z których wynika, iż będzie korzystał z podmiotu udostępniającego zasoby. Wykonawca do złożonej oferty nie dołączył 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. Wnosimy o załączenie podpisanego środka dowodowego przez podmiot trzeci.". Dalej Zamawiającym wzywał: „Oświadczenie stanowiące załącznik nr 2 do SWZ nie posiada uzupełnionych zapisów w sekcji oświadczenie dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Wnosimy o uzupełnienie odpowiednich zapisów". Resumując, Zamawiający w dwóch przesłanych do Odwołującego pismach wzywał do: 1) wyjaśnienia, czy Wykonawca będzie korzystał z usług podwykonawcy, 2) jeżeli będzie korzystał z usług podwykonawcy, to wzywał Odwołującego do wyjaśnień w jakim zakresie oraz o podanie nazw ewentualnych podwykonawców, 3) uzupełnienia dokumentów tj. oświadczenia podwykonawcy o udostępnieniu potencjału, 4) uzupełnienia oświadczenia stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ poprzez uzupełnienie zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wyjaśnił, że faktycznie w załączniku nr 2 do oferty w sekcji INFORMACJA W ZWIĄZKU Z POLEGANIEM NA ZDOLNOŚCIACH LUB SYTUACJI PODMI UDOSTĘPNIAJĄCYH ZASOBY zawarł informację, że w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu będz korzystał z potencjału podmiotu trzeciego tj. Pana M. O., w zakresie wiedzy i doświadczenia kierowanie robotami oraz projektowanie pos. Jednocześnie w sekcji OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU w mie przeznaczonym dla wykonawców polegających na zasobach podmiotów trzecich nie wpisał żadnej informacji. Odwołujący zwrócił uwagę, że wezwania Zamawiającego dotyczyły kwestii polegania na potencjale podmiotu trzeciego, tj. Pana M.O. W terminie wyznaczonym przez Zamawiającego Odwołujący złożył pismo, w którym wyjaśnił, że popełnił on błąd i omyłkowo złożył skan zobowiązania Pana M. O. i błędnie wypełnił w załączniku nr 2 sekcję o poleganiu na zdolnościach podmiotów trzecich. Odwołujący wyjaśnił, zgodnie z wezwaniem nr 1, że w przedmiotowym postępowaniu nie będzie korzystał z podwykonawców, a Panem O. będzie dysponował w sposób bezpośredni. W świetle przedstawionych wyjaśnień bezprzedmiotowe stało się składanie dokumentów tj. zobowiązania do przekazania potencjału, oraz załącznika nr 2 z wypełnioną sekcją OŚWIADCZENIE DOTYCZĄCE WARUNKÓW UDZIAŁU POSTĘPOWANIU, gdyż dotyczyło to podmiotów, które faktycznie będą polegać na zasobach podmiotów trzecich. W dniu 13 marca 2025 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Jako podstawę prawną podał on art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Jako uzasadnienie faktyczne Zamawiający wskazał, że w związku z brakiem załączonego załącznika nr 2 Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, gdyż Odwołujący nie uzupełnił oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego dokonana przez Zamawiającego czynność odrzucenia jego oferty nie znajduje uzasadnienia w zaistniałej sytuacji faktycznej i prawnej. Odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku analizy złożonych dokumentów Zamawiający wezwał Odwołującego, aby złożył wyjaśnienie, czy będzie korzystał z usług podwykonawcy, jeżeli tak to w jakim zakresie. Wzywał również do uzupełnienia oświadczenia podwykonawcy o udostępnieniu potencjału, oraz do uzupełnienia oświadczenia stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ poprzez uzupełnienie zapisów dotyczących warunków udziału w postępowaniu. Podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego było, w opinii Zamawiającego, niezłożenie poprawionego załącznika nr 2, w zakresie zakwestionowanym przez Zamawiającego, co w opinii Zamawiającego uniemożliwiło mu faktyczną ocenę, czy Odwołujący spełnia warunki uczestnictwa w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Odwołujący w wyniku składania wyjaśnień złożył oświadczenie, które modyfikuje dotychczasowe oświadczenie z załącznika nr 2 w ten sposób, że Odwołujący oświadczył, że nie będzie korzystał z podwykonawców, dysponuje Panem M.O. w sposób bezpośredni, co oznacza, że sam wykazuje spełnienie warunków uczestnictwa w postępowaniu. W świetle tych wyjaśnień oraz złożonego oświadczenia, jak również w związku z wezwaniami Zamawiającego w zakresie polegania na potencjale podmiotów trzecich i korzystaniu z podwykonawców, należy stwierdzić, że Zamawiający miał oświadczenia Odwołującego, z którego wynikały wszystkie informacje zawarte w załączniku nr 2. Nie jest prawidłowe stanowisko Zamawiającego, że nie mógł on zweryfikować, czy Odwołujący spełnia wymogi uczestnictwa w postępowaniu. Taki stan rzeczy Zamawiający mógł by stwierdzić po wezwaniu do złożenia wszystkich dokumentów podmiotowych i po ich analizie. Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych. Zaniechanie dokonania tej czynności stanowi naruszenie ustawy Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania i jednocześnie to zaniechanie uniemożliwiło Zamawiającemu weryfikację podmiotową Odwołującego. Na etapie badania oświadczenia Zamawiający posiadł wiedzę, wynikającą z oświadczeń złożonych przez Odwołującego, że nie będzie korzystał z podwykonawców i sam spełnia

warunki uczestnictwa, ale nie mógł stwierdzić spełniania lub nie warunków uczestnictwa w postępowaniu. Następnie Odwołujący wyjaśnił powody błędnych oświadczeń w zakresie dysponowaniem doświadczeniem Pana M.O.

II. Pismem wniesionym w dniu 25 marca 2025 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie.Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Emkan Sp. z o.o. z siedzibą w Zambrowie (dalej: „Przystępujący"). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne dokonania ww. czynności:

„Wykonawca w niniejszym postępowaniu wraz z ofertą, w której brak było zapisów odnośnie podwykonawców, złożył załącznik nr 2, w którym brak było oświadczeń dotyczących spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, natomiast w sekcji — informacje w związku z poleganiem na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby — została zawarta informacja o takim podmiocie wraz z zakresem udostępnienia zasobów, załącznik nr 2a, który został zeskanowany i podpisany przez Wykonawcę, załącznik nr 4, potwierdzenie wpływu wadium, zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach lub stwierdzające stan zaległości, informację z KRS oraz zaświadczenie o niezaleganiu w opłacaniu składek.

W dniu 27.02.2025 r. działając na podstawie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy pzp Zamawiający wezwał Wykonawcę NOLEN Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 31 B, lok. 100, 01-248 Warszawa do złożenia wyjaśnień oraz dokumentów dotyczących podmiotowych środków dowodowych oraz oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

W w/w wezwaniu zamawiający wymagał:

Wykonawca w dokumentach do złożonej oferty, tj. załącznik nr 2 oraz załącznik nr 2a zawarł informacje, z których wynika, iż będzie korzystał z podmiotu udostępniającego zasoby.

Wykonawca do złożonej oferty nie dołączył 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. Wnosimy o załączenie podpisanego środka dowodowego przez podmiot trzeci.

Oświadczenie stanowiące załącznik nr 2a do SWZ zostało zeskanowane i podpisane przez Wykonawcę, a nie przez podmiot trzeci/podmiot udostępniający zasoby. Wnosimy o podpisanie powyższego załącznika przez odpowiedni podmiot składający to oświadczenie.

Oświadczenie stanowiące załącznik nr 2 do SWZ nie posiada uzupełnionych zapisów w sekcji oświadczenie dotyczące warunków udziału w postępowaniu. Wnosimy o uzupełnienie odpowiednich zapisów."

Wykonawca zobowiązany był przesłać wyjaśnienia oraz oświadczenia w zakresie wskazanym powyżej za pośrednictwem platformy zakupowej dostępnej pod adresem internetowym: https://jedwabne.ezamawiajacy.pl w nieprzekraczalnym terminie do dnia 3 marca 2025 r.

Wykonawca w odpowiedzi w wyznaczonym terminie przesłał wyjaśnienia, które sprowadzały się do informacji, cyt.: „W związku z przesłanymi przez Gminę wezwaniami dotyczącymi postepowania nr.BIOS.271.1.2025, Wyjaśniamy iż PanM. O. sprawujący role projektanta oraz kierownika budowy będzie uczestniczył w Postepowaniu w sposób bezpośredni i nie będzie podwykonawca tym samym formularz 2a został blednie i omyłkowo złożony do oferty i podtrzymujemy iż nie będziemy mieć podwykonawców na ww zadaniu. ". Wykonawca nie zastosował się do wezwania Zamawiającego w zakresie złożenia prawidłowo wypełnionego załącznika nr 2 do SWZ w sekcji oświadczenie dotyczące warunków udziału w postępowaniu.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami oraz brakiem załączonego poprawionego załącznika nr 2 do SWZ Zamawiający nie jest w stanie ocenić, czy Wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej.

Jednocześnie, niezależnie od powyższego, Zamawiający wskazuje, że istnieje możliwość jednokrotnego wezwania Wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych (patrz: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2024 r., KIO 3344/24).

A w konsekwencji, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy pzp, skoro Wykonawca w terminie przewidzianym w wezwaniu, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy pzp nie złożył, nie poprawił lub nie uzupełnił oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp, podmiotowego środka dowodowego, składanego w postępowaniu, Zamawiający odrzuca taką ofertę."

Okoliczności faktyczne dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności w zakresie czynności badania oferty Odwołującego, nie były sporne. Spór między stronami dotyczył oceny prawnej tych czynności. Za prawidłowe Izba uznała stanowisko Zamawiającego.

Zgodnie z pkt X.1 SWZ do oferty wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ oraz załącznikiem nr 2a do SWZ, który dotyczy podmiotu udostępniającego zasoby.

Zgodnie z pkt X.2 SWZ informacje zawarte w oświadczeniu, o którym w pkt 1, stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Zgodnie z art. 125 ust. 3 oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

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, 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.

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.

Pismem z dnia 27 lutego 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego m.in. do uzupełnienia złożonego wraz z ofertą załącznika nr 2, stanowiącego m.in. oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że formularz ten nie posiada uzupełnionych zapisów w sekcji oświadczenie dotyczące warunków udziału w postępowaniu.

Załącznik nr 2 nie został przez Odwołującego uzupełniony w zakresie wskazanym przez Zamawiającego.

Oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, stanowi istotny dokument składany przez wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Służy on dokonaniu przez zamawiającego wstępnej kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Wykonawca obowiązany jest do złożenia m.in. oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a jego treść nie może być przedmiotem domniemań. W związku z tym za błędne należy uznać stanowisko Odwołującego, że Zamawiający miałby wywieść treść brakującego oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na podstawie wyjaśnień dotyczących błędnego wskazania Pana M. O. jako podmiotu udostępniającego zasoby. Wskazanie na fakt, że określona osoba nie będzie występować w charakterze podwykonawcy/podmiotu udostępniającego zasoby, oczywiście nie może być traktowane jako złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Należy również podkreślić, że dokumenty wymagane na podstawie 274 ust. 1 ustawy Pzp, składane są na późniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie służą wstępnej weryfikacji podmiotowej – w tym celu wykonawcy składają oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie mógł przeprowadzić wstępnej weryfikacji podmiotowej względem Odwołującego, gdyż – pomimo wezwania wystosowanego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – nie uzupełnił on ww. oświadczenia.

W związku z powyższym, w ocenie składu orzekającego Izby, Zamawiający słusznie uznał, że w odniesieniu do oferty Odwołującego zaistniała podstawa do odrzucenia, wskazana przez ustawodawcę w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp - w przewidzianym terminie Odwołujący nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego Izba uznała za prawidłową, a w konsekwencji – zarzuty podniesione w odwołaniu –

zostały ocenione jako niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 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).

Przewodnicząca: