Sygn. akt: KIO 1795/23

WYROK
z dnia 11 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Elżbieta Dobrenko
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 czerwca 2023 r. przez wykonawców
wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" oraz DDTherm Sp. z o.o. z siedzibą w Krasiejowie
w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Jemielnicę
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Zakład Inżynierii Sanitarnej „WINSAN" L.W. Z.W. Sp j., Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. w Ząbkowicach Śląskich, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie,
2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie:
A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" oraz DDTherm Sp. z o.o. z siedzibą w Krasiejowie i:
2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się : A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" oraz DDTherm Sp. z o.o. z siedzibą w Krasiejowie tytułem wpisu od odwołania;
2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" oraz DDTherm Sp. z o.o. z siedzibą
w Krasiejowie na rzecz Gminy Jemielnica kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złoty zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione
z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 1795/23

Uzasadnienie

Gmina Jemielnica, dalej: „*Zamawiający*" prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w miejscowości Jemielnica etap Ve wraz
z przebudową sieci wodociągowej" – część nr 2. Numer sprawy: IB.271.05.2023, dalej: „*Postępowanie*".
Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w dniu Biuletynie Zamówień Publicznych
w dniu 12 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00172916.
W dniu 26 czerwca 2023 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: A.M. Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" oraz DDTherm Sp. z o.o. z siedzibą
w Krasiejowie, dalej: „*Odwołujący*", na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 i art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*", wnieśli odwołanie od zaniechań i czynności w przedmiotowym postępowaniu,
a to w zakresie:
1) prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad,
tj. równego traktowania wykonawców, zachowania uczciwej konkurencji i legalizmu,
2)odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w części 2 z uwagi na brzmienie
art. 226 ust 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp,
3) wyboru w przedmiotowym postępowaniu (dla części 2) - jako najkorzystniejszej – oferty złożonej przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia tj. Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN L. Walkiewicz Z. Warwarko Spółka Jawna (Lider Konsorcjum) 57-410 Ścinawka Średnia, ul. 3-go Maja 8B Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) 57-200 Ząbkowice Śląskie,
ul. Melioracyjna 3,
4)zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów podmiotowych potwierdzających spełnianie warunków przez Wykonawcę, w sytuacji gdy ten wskazał,
iż „rezygnuje" w przedmiotowym postępowaniu z korzystania z zasobów „podmiotu trzeciego", by potwierdzić

spełnianie warunku (w tym oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 ustawy Pzp w sytuacji, gdy doszło do zmiany stanu faktycznego uzasadniającego takie wezwanie), względnie zaniechania uznania dokumentów „autouzupełnionych" wraz
z pismem z dnia 1 czerwca 2023 r.,

5)zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust 4 ustawy Pzp, celem wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy zadeklarowanymi w piśmie z dnia 1 czerwca 2023 r. dokumentami i oświadczeniami, a oświadczeniem o którym mowa w art. 117 ust.
4 ustawy Pzp składanym wcześniej,

6)zaniechania podania pełnego uzasadnienia prawnego i faktycznego w zakresie dotyczącym
informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na jak stwierdza się w uzasadnieniu „niespełnianie warunków" przez Odwołującego, informacji o podstawach odrzucenia,
a także podstawach zaniechania wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp (względnie zaniechania uznania dokumentów i oświadczeń „autouzupełnionych") i zaniechania zastosowania art. 128 ust 4 ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp, a mianowicie:

1)art. 239 ust 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt
1 ustawy Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru w części 2 postępowania – jako najkorzystniejszej - oferty Wykonawcy Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN
L. Walkiewicz Z. Warwarko Spółka Jawna (Lider Konsorcjum) 57-410 Ścinawka Średnia, ul. 3-go Maja 8B Przedsiębiorstwo Wodno Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) 57-200 Ząbkowice śląskie, ul. Melioracyjna 3, pomimo, iż Wykonawca Domax spełniał warunki dla części 2 postępowania o których mowa
w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ, co wprost wynikało z „autouzupełnionych" dokumentów
i oświadczeń,

2)art. 226 ust 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie w części 2 postępowania oferty Odwołującego – jako niespełniającej warunków zakreślonych w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ,

3) art. 128 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa
w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ (dla części 2), w sytuacji, gdy Odwołujący, pismem z dnia
1 czerwca 2023 r. wskazał w sposób nie budzący wątpliwości, iż rezygnuje dla potwierdzenia spełniania warunku z opierania się na zasobach „podmiotu trzeciego"
i opierał się będzie – celem spełniania warunków – na własnym doświadczeniu (dla części 1 w oparciu o realizację DDTherm Sp. z o.o., a dla części 2 w o realizację P.U.H. „Domax" A.M.) oraz oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 ustawy Pzp,

4) art. 128 ust 4 ustawy Pzp zaniechanie wyjaśnienia przez Zamawiającego rozbieżności wynikającymi z treści pisma złożonego wraz z dokumentami i oświadczeniami 1 czerwca 2023 r., a oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 ustawy pzp,

5) art. 253 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia prawnego i faktycznego dla decyzji podjętej w reżimie art. 226 ust 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp w szczególności z uwagi na fakt, iż przedłożone przez Wykonawcę oświadczenia i dokumenty przeczą temu by nie spełnił on warunku zakreślonego w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ, podczas gdy – jak wynika
z uzasadnienia – okoliczność ta zadecydowała o odrzuceniu oferty.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

1)merytoryczne rozpoznanie przez Izbę przedmiotowego odwołania;

2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru – dla części 2 – jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN L. Walkiewicz Z. Warwarko Spółka Jawna (Lider Konsorcjum) 57-41(Ścinawka Średnia, ul. 3-go Maja 8B Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) 57- 200 Ząbkowice Śląskie, ul. Melioracyjna 3,

3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum DOMAX w części 2 postępowania,

4)nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert,

5)nakazania Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów
i oświadczeń celem potwierdzenia spełniania warunku – dla zadania 2 – w tym oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 ustawy Pzp,

jeżeli Izba uzna – z uwagi na „autouzupełnienie" przez Odwołującego - iż przesłanie oświadczeń i dokumentów dokonane dnia 1 czerwca 2023 r. znosi obowiązek o którym mowa jest w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (albowiem oświadczenia i dokumenty te potwierdzają spełnianie warunków dla części 2, określonych w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ), Odwołujący wnosi o :

1) merytoryczne rozpoznanie przez Izbę przedmiotowego odwołania;
2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru – dla części 2 – jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN L. Walkiewicz
   Z. Warwarko Spółka Jawna (Lider Konsorcjum) 57-410 Ścinawka Średnia, ul. 3-go Maja 8B Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) 57-200 Ząbkowice Śląskie, ul. Melioracyjna 3,
3)nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Konsorcjum DOMAX w części 2 postępowania,
4) nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny złożonych ofert,
5) wezwanie Konsorcjum DOMAX do uzupełnienia oświadczenia o którym mowa w art.
   117 ust 4 ustawy Pzp, względnie wezwanie Konsorcjum DOMAX do wyjaśnienia rozbieżności pomiędzy złożonym oświadczeniem, a „autouzupełnionymi" dokumentami.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów stosownie do wniosków ujawnionych w uzasadnieniu niniejszego odwołania.

Odwołujący zwrócił uwagę na ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, zgodnie z którym,
co do zasady Zamawiający, dążyć winien do wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie,
a nie jej odrzucenia, w szczególności, gdy – jak w sprawie niniejszej – z dokumentów wynika w sposób oczywisty, że Wykonawca warunki spełnia. Decyzja Zamawiającego, uzasadniona
w „informacji" o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 20 czerwca 2023 r. jakoby Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku dla części 2 (Rozdział VI pkt 24.a SWZ) i w konsekwencji konieczne stało się zastosowanie art. 226 ust 1 pkt 2 lit ustawy Pzp, albowiem „Zamawiający odrzuca ofertę, która została złożona przez wykonawcę, który nie złożył przedmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu" jest sprzeczne z dokumentami i oświadczeniami złożonymi 1 czerwca 2023 r. przez Odwołującego się. Z dokumentów tych wynika w sposób nie budzący wątpliwości, iż Odwołujący samodzielnie spełnia w/w warunki zarówno dla części 1 (gdzie ofertę wybrano), jak i dla części 2 (gdzie ofertę odrzucono).

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący podkreślił, iż zarzuty I i II wynikają z błędnej czynności Zamawiającego, a jednocześnie i zaniechania wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp, względnie wyjaśnienia rozbieżności w trybie art. 128 ust 4 ustawy Pzp. Tym samym zarzut naruszenia art. 239 ust 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN L Walkiewicz Z. Warwarko Spółka Jawna (Lider Konsorcjum) 57-410 Ścinawka Średnia, ul. 3-go Maja 8B Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) 57-200 Ząbkowice Śląskie, ul. Melioracyjna 3, pomimo, iż Odwołujący spełniał warunki dla części 2 postępowania, o których mowa w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ, oraz zarzut naruszenia art. 226 ust 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego potwierdzą się, gdy Izba uzna za zasadne zarzuty pozostałe, te zaś mają charakter wynikowy.

ZARZUT NARUSZENIA ART. 128 UST. 1 USTAWY PZP

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący – na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 maja 2023 r., w trybie art. 126 ust 1 ustawy Pzp – zostało wezwane do złożenia „aktualnych na dzień złożenia" podmiotowych środków dowodowych. W wyniku tego wezwania Odwołujący przedłożył wymagane dokumenty i oświadczenia – w tym załącznik nr 7 („Wykaz robót") wraz z załączonymi do niego dokumentami referencji na potwierdzenie należytego wykonania wyspecyfikowanych prac.

Obie z realizacji z załącznika nr 7 („Wykaz robót") wykonane zostały przez „podmiot trzeci", pierwotnie wykazany przez Odwołującego się w zobowiązaniu, złożonym wraz z ofertą oraz oświadczeniach przedkładanych w trybie art. 117 ust 4 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 29 maja 2023 r. wystosował do Odwołującego w trybie art. 128 ust.
4 ustawy Pzp wezwanie do wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 117 ust 4 ustawy Pzp (m.in. w zakresie dotyczącym rozbieżnych wartości procentowych występujących
w ofercie i oświadczeniu 117 ust 4 ustawy Pzp, faktu, iż z uwagi na „Wykaz robót" – w którym
ujawniono tylko prace Elgrunt Sp z o.o. - Wykonawca wskazał w oświadczeniu z art. 117 ust 4 ustawy konsorcjantów jako realizujących poszczególne zakresy prac).

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 29 maja 2023 r. Odwołujący odpowiedział wyjaśnieniami
z dnia 1 czerwca 2023 r. i jednoznacznie wskazał, iż:

a)„rozbieżności procentowe i liczbowe” w dokumentach, do których referowało wezwanie z dnia 29 maja 2023 r. „*w odniesieniu do zakresu powierzonych zasobów i sposobu realizacji prac przez Elgrunt Sp. z o.o. w ramach realizacji części 1 i części 2 zamówienia wynika z omyłki pisarskiej i niedopatrzenia po stronie Wykonawcy*”,

b)**W sposób kategoryczny Odwołujący stwierdził** też: „….Chcąc rozwiać wątpliwości Zamawiającego co do sposobu realizacji części 1 i części 2 zamówienia, w tym co do spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz faktycznego wykonawstwa poszczególnych prac **Wykonawca informuje, że odpowiednio dla części 1 i 2 poszczególni konsorcjanci będą opierali się na własnych zdolnościach technicznych i zawodowych, bez powoływania się na doświadczenie podmiotu trzeciego**” (część 1 – DDTherm Sp z o.o., część 2 – P.U.H. Domax A.M. – przyp. Odwołujący się).

Tym samym na wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 29 maja 2023 r. Odwołujący wyjaśnienia złożył i wskazał, iż rezygnuje – celem potwierdzenia spełniania warunków z powoływania się na realizację ELGRUNT Sp z o.o. – deklarując w „autouzupełnionym” załączniku nr 7 (dla obu części), iż potwierdzi spełnianie warunku samodzielnie.

Odwołujący wskazał, że zmiana taka po pierwsze w ocenie Odwołującego jest dozwolona. Po wtóre „autouzupełnieniem” Odwołujący potwierdziło, iż samodzielnie spełnia warunek i wreszcie po trzecie – co ma znaczenie w dalszej części odwołania – zmiana wykazu doprowadziła do zmiany stanu faktycznego i ocenianych okoliczności (zwłaszcza oświadczeń z art. 117 ust 4 ustawy Pzp, które wcześniej były oceniane z udziałem „podmiotu trzeciego”).

Tym samym takie oświadczenie wymagało po „autouzupełnieniu” – „aktualizacji” w nowych warunkach i nowym zakresie.

Odwołujący podkreślił, że kwestią, którą należało rozpatrzyć aktualnie to - jak ocenić należy „autouzupełnienie” dokonane przez Odwołującego.

W szczególności, czy wskutek tej czynności i pisma Odwołującego się z dnia 1 czerwca 2023 r. należało wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, czy też z uwagi na „autouzupełnienie” pozostawić te dokumenty i uznać je.

Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza (na gruncie dotychczas obowiązującej ustawy stwierdziła: „…….*nie należy jednak wykluczać sytuacji prostych i oczywistych, wiadomych wszystkim uczestnikom postępowania, czytelnych i łatwych do zidentyfikowania oraz zakwalifikowania, gdzie mnożenie kolejnych czynności zamawiającego i postulowanie uzupełnienia dokumentów uzupełnionych, należałoby ocenić jako zbędny formalizm postępowania, prowadzący do jego przewlekłości, co kłóciłoby się z jego racjonalnością i ekonomią*” (wyrok KIO z dnia 4 marca 2015 r. sygn. 245/15, 305/15).

„*Jeżeli zatem Przystępujący z własnej inicjatywy złożył niezbędne dokumenty, uprzedzając przy tym działania Zamawiającego określone w art. 26 ust. 3 ZamPublU, to nie było żadnego racjonalnego powodu dla odmowy uwzględnienia tych dokumentów przez Zamawiającego.*

Za takim postępowaniem Zamawiającego przemawia w szczególności ekonomika postępowania, jak i konieczność przeciwdziałania nadmiernemu formalizmowi tego postępowania. Nie budzi bowiem wątpliwości, że odmowa uwzględnienia dokumentów, a przy tym wystosowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ZamPublU i uzyskanie tych samych dokumentów prowadziłoby wyłącznie do przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”

Ponadto, konieczność następczego wzywania w trybie art. 26 ust. 3 ZamPublU zakwestionowała również Izba w wyroku z dnia 4 marca 2015 r. sygn. 245/15, 305/15.

W wyroku z 6 lipca 2022 r. (KIO 1581/22, Legalis) Izba wskazała, iż "*uzupełnianie, poprawianie lub wyjaśnianie dokumentów należy odnosić do konkretnych oświadczeń lub dokumentów lub konkretnych zawartych w nich informacji". W konsekwencji "za słuszne uznała przyjęcie zasady, zgodnie z którą w przypadku samodzielnego uzupełnienia prawidłowego dokumentu powinien być on wzięty pod uwagę przez zamawiającego, a tym samym przy wyrokowaniu przez Izbę. W sytuacji, gdy konieczność uzupełnienia dokumentów nie dotyczy kwestii ocennych, typu potwierdzenie spełnienia warunków doświadczenia, dysponowania odpowiednim zespołem, czy kapitałem finansowym, a odnosi się do dokumentów urzędowych, których zasady prawidłowości przedstawienia i uzyskania z odpowiednich rejestrów regulują przepisy prawa, nakazywanie wezwania danego Wykonawcy do złożenia tych samych dokumentów, jedynie po wystosowaniu formalnego wezwania do uzupełnienia, byłoby w ocenie składu wyrazem nadmiernego formalizmu*".

Odwołujący wskazał, że nie brak również stanowisk przeciwnych, które nakładają bezwzględny obowiązek wzywania do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, nawet gdy Wykonawca przedłożył je samodzielnie.

W sprawie rozpatrywanej aktualnie przez Izbę Zamawiający, który po wezwaniu z dnia 29 maja 2023 r. otrzymał oczywistą informację, iż Wykonawca spełnia samodzielnie warunek (świadczą o tym załącznik nr 7 i referencje), zarówno zaniechał wezwania Konsorcjum Domax do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających tenże

warunek (do czego miał prawo, a nawet i obowiązek), ale i nie uznał „autouzupełniania". Przeciwnie zignorował przekazane dokumenty, ścieżkę naprawczą (obligatoryjną, którą przewidują przepisy Pzp), stwierdzając – jak wynika z uzasadnienia z dnia 20 czerwca 2023 r. iż Wykonawca nie spełnia warunku dla części 2, co jest oczywistą nieprawdą w świetle „wykazu robót" i referencji.

W tym miejscu Odwołujący zauważył, iż potwierdzenie spełniania warunku (w tym tego dla części 2 - Rozdział VI pkt 24.a SWZ), następowało nie w oparciu o treść oświadczenia z art. 117 ust 4 ustawy Pzp (co sugeruje uzasadnienie odrzucenia), ale w oparciu o „Wykaz robót" (wraz z referencjami), co wprost wynika z treści Rozdziału IX pkt 3 ppkt 1 lit b SWZ.

Odwołujący podkreślił, że treść uzasadnienia pokazała także, iż Zamawiający myli „Wykaz robót" przedkładany na potwierdzenie spełniania warunku z oświadczeniem z art. 117 ust 4 ustawy Pzp, którego istotą nie jest potwierdzanie spełniania warunku, a pozwala on zamawiającemu dokonać weryfikacji, czy planowany podział zadań pomiędzy członków konsorcjum zapewnia realne wykorzystanie deklarowanych przez nich zasobów w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Spełnianie warunków potwierdzają „Wykazy" (w tym przypadku załącznik nr 7), o czym mowa w SWZ – ale wynika to z § 9 ust 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r., poz. 2415), stosownie do treści którego „*W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu robót budowlanych….*".

Reasumując Zamawiający, który z treści pisma z dnia 1 czerwca 2023 r. dowiedział się, że Odwołujący zamierza potwierdzić spełnianie warunków samodzielnie (przedkładając stosowne dokumenty i oświadczenia), powinien albo 1) wezwać w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp Wykonawcę do złożenia dokumentów podmiotowych /gdyż w stosunku do nich tego trybu nie stosował/ 2) albo je uznać, a następnie uzupełniać lub wyjaśniać oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust 4 ustawy Pzp. Tymczasem Zamawiający uznał, iż działać nie musi i jak stwierdził Wykonawca nie potwierdza spełniania warunków postępowania.

JEDNOKROTNE I WIELOKROTNE WEZWANIE DO UZUPEŁNIENIA DOKUMENTÓW I OŚWIADCZEŃ W TRYBIE ART. 128 UST. 1 USTAWY PZP

Ponieważ w sprawie niniejszej Zamawiający w stosunku do oświadczenia w trybie art. 117 ust 4 ustawy Pzp zastosował 8 maja 2023 r. wezwanie w trybie art. 128 ustawy Pzp, koniecznym jest zbadanie czy możliwe stałoby się ponowne uzupełnienie oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, po złożeniu wyjaśnień oraz dokumentów i oświadczeń dnia 1 czerwca 2023 r.

Art. 128 ust 1 ustawy Pzp stanowi, iż: „*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".

Odwołujący wskazał, że co do zasady obowiązuje zasada jednokrotnego wezwania w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp do uzupełnienia tego samego dokumentu, w tym samym zakresie i okolicznościach faktycznych. Ideą bowiem, która przyświecała ustawodawcy przy konstrukcji normy niniejszej było ukrócenie procederu „ratowania" ofert Wykonawców przez wielokrotne wezwanie ich o uzupełnienie tego samego dokumentu lub oświadczenia.

W sprawie niniejszej 8 maja 2023 r. Zamawiający – po złożeniu oferty przez Odwołującego – wezwał w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp do „uzupełnienia oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, przedłożone oświadczenie wg załącznika nr 6 nie wykazuje jaki zakres świadczenia objętego zamówieniem zrealizuje dany Wykonawca, zgodnie z art. 117 ust 4 ustawy Pzp w oświadczeniu tym należy wskazać które roboty budowlane, dostawy i usługi wykonają poszczególni Wykonawcy". Innymi słowy Zamawiający zwrócił się o wskazanie jaki zakres świadczenia objętego zamówieniem obejmują Wykonawcy i „podmiot trzeci". Stan faktyczny więc zdeterminowany był złożeniem wraz z ofertą zobowiązania „podmiotu trzeciego", poleganiu na jego zasobach, a więc i wykazywaniem tych zasobów w „Wykazie robót" złożonym 19 maja 2023 r. Tymczasem – po wezwaniu w trybie art. 128 ust 4 ustawy Pzp (z

dnia 29 maja 2023 r.) Odwołujący wyraźnie wskazał, iż potwierdza spełnienie warunku samodzielnie (przedkładając „Wykaz robót" i referencje), co jest dozwolone prawem i do czego w piśmie referował Wykonawca powołując się na orzecznictwo.
Zmiana stanu faktycznego, oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku, skutkuje tym, iż wezwanie w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczenia, o którym mowa jest w art. 117 ust 4 ustawy Pzp jest zdaniem Odwołującego dopuszczalne, a to m.in. z uwagi na fakt, iż nastąpiła dopuszczalna zmiana „Wykazu robót", który potwierdza spełnienie warunków, Konsorcjum zdecydowało się wypełnić warunek z Rozdziału VI pkt 24.a SWZ samodzielnie, wycofało „podmiot trzeci". Niewątpliwie nie można więc wskazać, że wezwanie odnosiło się będzie do takiej samej sytuacji, dotyczyło tego samego zakresu i odnosić się będzie do tych samych oświadczeń. Zdaniem Odwołującego konieczność do kolejnego uzupełnienia oświadczenia z art. 117 ustawy Pzp wynika z oczywistej konieczności „dostosowania" tego oświadczenia do „autouzupełnionych" dnia 1 czerwca 2023 r. dokumentów i oświadczeń, które bez wątpienia jest dopuszczalne i możliwe.
Odwołujący wskazał, że warto również poddać po rozwagę, Izby czy w stanie faktycznym objętym niniejszym odwołaniem nie było wystarczające wezwanie przez Zamawiającego Odwołującego do złożenia „wyjaśnień" w trybie art. 128 ust 4 ustawy Pzp w przedmiocie relacji pisma i załączników z dnia 1 czerwca 2023 r., a oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust 4 ustawy Pzp.
Odwołujący podkreślił, iż istotą zamówień publicznych jest wybór oferty, a nie jej odrzucenie
i dlatego Zamawiający winien zastosować prawem dopuszczalne instrumenty, by konwalidować ofertę Odwołującego, która potwierdza spełnianie warunków postępowania.
UZASADNIENIE ODRZUCENIA OFERTY
Odwołujący podkreślił, że poprawne sformułowanie podstawy prawnej i faktycznej rozstrzygnięć jest warunkiem koniecznym skutecznego zakończenia postępowania
o udzielenie zamówienia. Jak zauważyła trafnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku
w sprawie dotyczącej formułowania uzasadnienia odrzucenia oferty:
„Zamawiający podaje podstawy prawne (przepis Prawa zamówień publicznych) oraz faktyczne
(jaka treść złożonej oferty nie odpowiada jakiej treści SIWZ). Tak opisany obowiązek ustawowy służy celom nie tylko informacyjnym, ale ma doniosłe skutki dla postępowania – wykonawca, znając powody odrzucenia złożonej przez siebie oferty, może albo z nimi się zgodzić, albo polemizować z nimi w drodze środków ochrony prawnej" (Wyrok KIO z 16.09.2019 r., KIO 1688/19, LEX nr 2740895). Jest to zasada uniwersalna, dająca się odnieść do każdego rozstrzygnięcia zamawiającego, które jest komunikowane wykonawcom.
Uzasadnione jest zatem twierdzenie, że nie wystarczy przedstawienie jakiegokolwiek uzasadnienia, czy to tak skrótowego, że nie wynikają z niego faktyczne motywy podjęcia decyzji, czy to lakonicznego, niewskazującego sedna problemu. Takie uzasadnienie nie spełnia bowiem kryterium pełnego i wyczerpującego przedstawienia motywów działania zamawiającego. Kwestia prawidłowego i wyczerpującego uzasadnienia czynności dokonanych przez zamawiającego, w tym w szczególności odrzucenia oferty jest o tyle istotna, iż to właśnie uzasadnienie stanowi punkt odniesienia zarówno dla podejmowania przez wykonawcę decyzji o skorzystaniu ze środka ochrony prawnej, jak i dla formułowania zarzutów odwołania. Wskazała na to wyraźnie KIO w wyroku z 1.02.2022 r., KIO 122/22, zauważając, iż „*To na podstawie informacji przekazanej zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 p.z.p. wykonawca po pierwsze podejmuje decyzję, czy skorzystać ze środków ochrony prawnej, a po drugie - jakie zarzuty sformułować w odwołaniu i w jaki sposób polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o odrzuceniu oferty powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować*".
Wreszcie co kluczowe w sprawie niniejszej, a co potwierdza doktryna „*Wadliwość uzasadnienia może sama w sobie być podstawą do wniesienia odwołania przez wykonawcę. Będzie ono skuteczne, jeżeli uzasadnienie sporządzone przez zamawiającego nie pozwoli na odczytanie faktycznych podstaw rozstrzygnięć dokonanych przez zamawiającego. Jak podkreśla się orzecznictwie, zamawiający nie może przedstawić wyłącznie wniosków, wyniku swoich działań, ale jest zobowiązany do zaprezentowania przyczyn swojej decyzji i ich analizy, która doprowadziła do takich, a nie innych rozstrzygnięć w postępowaniu*" (Prawo zamówień publicznych. Komentarz – A. Gawrońska – Baran, WKP 2022 Warszawa).
„*W sytuacji, gdy odwołującemu nie zostało przedstawione konkretne uzasadnienie czynności*
odrzucenia jego oferty i w konsekwencji wniesione od tej czynności odwołanie zostało oparte na jego domysłach, nie jest możliwe wydanie przez Izbę wyroku oddalającego odwołanie na podstawie informacji przekazanych przez zamawiającego dopiero na rozprawie" (Wyrok KIO z 9.11.2018 r., KIO 2165/18, KIO 2170/18, LEX nr 2620603).
W sprawie niniejszej Zamawiający w uzasadnieniu wskazał : „Zamawiający odrzuca ofertę na
podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.c, tj.: „*Zamawiający odrzuca ofertę, została złożona przez wykonawcę, który nie złożył*

podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełniania warunków udziału w postępowaniu".
Zamawiający pomija tymczasem okoliczność, iż Wykonawca „autouzupełniając" dokumenty podmiotowe – w tym załącznik nr 7 do SWZ – w istocie warunek z Rozdziału VI pkt 24.a SWZ – spełnił, a Zamawiający z przyczyn tylko sobie znanych „autouzupełnienia" nie uznał, względnie zaniechał wezwania do uzupełnienia tych dokumentów i oświadczeń (jeśli przyjąć koncepcję, że wezwanie do uzupełnienia ma charakter obligatoryjny, niezależny od „autouzupełnienia").
W kontekście okoliczności, o których mowa powyżej nie jest więc prawdziwe stanowisko Zamawiającego, który stwierdził: „Na tym etapie zamówienia nie było możliwe ponowne wezwanie Wykonawcy na postawie art. 128 ust. 1 w celu uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych". W szczególności Odwołujący nie dostrzega tych przeciwności, gdyż do momentu złożenia przez Odwołującego pisma w dniu 1 czerwca 2023 r. Zamawiający w stosunku do „Wykazu usług" (załącznik nr 7), czy referencji nie stosował procedury uzupełniającej z art. 128 ust 1 ustawy Pzp. Co więcej i co wydaje się kluczowe pomimo, iż Zamawiający zarzuca niewykazanie spełniania warunku to de facto nie odnosi się do dokumentu warunek ten potwierdzającego wg SWZ („Wykaz robót"), ale do oświadczenia z art. 117 ust 4 ustawy Pzp, które pełni zupełnie inną rolę („Wykonawca złożył oświadczenie sprzeczne z art. 117 ustawy Pzp, w związku z czym uznać należy, że nie zostały złożone takie dokumenty, które potwierdzą, że roboty budowlane, do których realizacji to doświadczenie jest wymagane wykona Wykonawca, który posiada stosowne doświadczenie. W świetle powyższego uznać należy, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie części drugiej zamówienia. A jego oferta w tejże części podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp").
Reasumując Zamawiający pominął zupełnie dokumenty i oświadczenia złożone dnia
1 czerwca 2023 r. potwierdzające spełnianie warunku, a także co również jest naruszeniem, ocenił spełnianie warunku przez pryzmat oświadczenia z art. 117 ust 4 ustawy pzp – wbrew postanowieniom SWZ czy cytowanym wyżej postanowieniom § 9 ust 1 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r., poz. 2415).
Odwołujący dodał, iż zupełnie niekonsekwentnie Zamawiający wybrał ofertę Odwołującego
w części 1 postępowania, podczas gdy w sposób niezasadny w części 2 odrzucił ją.
Zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu dlaczego odstąpił od zastosowania
w przedmiotowym stanie faktycznym wezwania w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp w stosunku do dokumentów podmiotowych (po piśmie Konsorcjum DOMAX) z dnia 1 czerwca 2023 r., dlaczego pominął wyjaśnienia z dnia 1 czerwca 2023 r. i „autouzupełnione" dokumenty
i oświadczenia, wreszcie dlaczego nie zastosował – po otrzymaniu pisma 1 czerwca 2023 r. - w stosunku do Odwołującego wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust 4 ustawy Pzp
w stosunku do oświadczenia opartego na art. 117 ust 4 ustawy Pzp.
W wyroku z 6 marca 2017 r. (KIO 351/17, Legalis), KIO zwróciła uwagę, że: "Uzasadnienie faktyczne i prawne winno w sposób jasny i jednoznaczny ukazywać sposób rozumowania zamawiającego tak, aby umożliwić zainteresowanym wykonawcom poznanie podstaw podjętego przez niego środka oraz ewentualne ustosunkowanie się do niego w odwołaniu. Uzasadnienie decyzji ma bowiem umożliwić KIO, a następnie Sądowi wykonanie przezeń kontroli nad czynnościami zamawiającego. Natomiast: czytelnie zaprezentowana czynność, wskazująca okoliczności, które zamawiający wziął pod uwagę, postanowienia dokumentacji postępowania, które przyświecały określonej ocenie dokumentów i oświadczeń składających się na ofertę, daje wykonawcy szansę na zrozumienie działań zamawiającego. Chodzi tu więc nie tylko o poinformowanie wykonawcy o losach jego oferty, ale wytłumaczenie przyczyn takiej a nie innej jej oceny".
Odwołujący wskazał, że tymczasem, jak wynika z treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego dla części 2 (pismo z dnia 20 czerwca 2023 r.) nastąpiło to na podstawie art. 226 ust 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp („Oferta odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp), podczas gdy w treści uzasadnienia Zamawiający stwierdza: „*W świetle powyższego uznać należy, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału*
w postępowaniu w zakresie części drugiej zamówienia".
W odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 6 lipca 2023 r. wniósł o jego oddalenie w całości.
Odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołania, Zmawiający wskazał.
W zakresie zarzutu, o którym mowa w pkt 1) odwołania, w którym Odwołujący podnoszą, naruszenie art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp (dalej: ustawa lub pzp) w zw. z art. 253 ust. 1 pkt
1 i 2 ustawy pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy pzp i art. 17 ust. 2 ustawy pzp, Zamawiający wskazał, że stoi on na stanowisku, że podczas procedury badania i oceny ofert prawidłowo ocenił tak ofertę wybrana jako najkorzystniejszą, jak i ofertę Odwołujących, którą uznał za podlegającą odrzuceniu. Zignorowanie uchybień, których w procesie ubiegania się o udzielenie zamówienia dopuścili się Odwołujący skutkowałoby właśnie naruszeniem podstawowych zasad udzielania

zamówień publicznych, na które powołują się Odwołujący (art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 ustawy). Z uwagi na charakter zarzutu, jego obalenie jest skutkiem wykazania, że pozostałe zarzuty odwołania nie znajdują uzasadnienia, a oferta Odwołujących w sposób słuszny została oceniona jako podlegająca odrzuceniu.

Odnosząc się do zarzutu wskazanego w pkt 2) – 4) odwołania z uwagi na ich ścisłe powiązanie Zamawiający zauważył w pierwszej kolejności, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy jest przepisem złożonym, wskazującym szeroki katalog okoliczności, które obligują Zamawiającego do odrzucenia oferty. Zgodnie z jego treścią, odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, 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. Nie chodzi jednak wyłącznie

o niezłożenie dokumentu w ogóle. Odrzuceniem oferty skutkuje także złożenie wymaganego oświadczenia lub podmiotowego (lub przedmiotowego) środka dowodowego, który jest niekompletny lub, który nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału

w postępowaniu lub nie podlega wykluczeniu, z zastrzeżeniem art. 128. W przedmiotowym postępowaniu wystąpiły okoliczności wypełniające przesłanki odrzucenia oferty w oparciu

o powołany przepis.

Zamawiający wskazał, że na skutek szeregu wadliwych czynności Wykonawcy, na które Zamawiający reagował wykorzystując mechanizmy przewidziane w ramach art. 128 ust. 1 i 4 ustawy, Wykonawca złożył dokumenty i oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu, których wzajemnej sprzeczności nie dało się ostatecznie wyeliminować. Jednocześnie Wykonawca, w ocenie Zamawiającego, nie odpowiedział merytorycznie na wezwanie skierowane do niego w trybie art. 128 ust. 4 Pzp, a zamiast tego zdecydował się na ponowne przedstawienie kolejnych już dokumentów i oświadczeń, w tym tych, które

w postępowaniu były już przez niego uzupełniane lub poprawiane na żądanie Zamawiającego. Ostatecznie Odwołujący nie złożyli (złożyli wadliwe) dokumenty, które Zamawiający mógłby uznać za odpowiednie do potwierdzenia, że spełnianie warunków udziału w postępowaniu zostało wykazane, a wykonawcy Ci wykonają zadanie w sposób wymagany dla potwierdzenia spełniania warunku udziału wedle art. 117 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia mogą polegać na zdolnościach tych z wykonawców, którzy wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Samo literalne spełnianie warunku udziału przez podmiot biorący udział w postępowaniu nie oznacza jeszcze, że wymagana tym warunkiem zdolność zostanie wykorzystana w postępowaniu. Weryfikacji tego, czy wykonawcy zapewniają właściwy transfer tych zdolności do udzielanego zamówienia służy oświadczenie składane przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w którym wskazują, które roboty każdy

z nich zamierza wykonać. Na tym polu, Odwołujący się nie podołali ciążącym na nich obowiązkom.

Postępowanie o udzielenie zamówienia jest sformalizowanym procesem, podczas którego wykonawcy muszą przedłożyć w ściśle określonym terminie i trybie oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, lub podmiotowe i przedmiotowe środki dowodowe oraz inne dokumenty lub oświadczenia – a niezłożenie ich skutkuje odrzuceniem oferty. Formalizm ten służy zapewnieniu równego traktowania uczestników takiego postępowania i przyjęciu jasnych zasad jakim wszyscy podlegają. W innym wypadku, powstałoby pole do nadużyć

i swobodnych, subiektywnych ocen zamawiających co do sposobu traktowania różnych uchybień, których dopuszczają się wykonawcy.

Zamawiający podkreślił, że w ramach postępowania korzystał z instytucji wezwania w trybie art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp, dając Odwołującym prawo korygowania wad oświadczeń

w takim zakresie w jakim ustawa na to pozwalała. Sama budowa zarzutu i jego uzasadnienie sprowadza się do forsowania tezy, w której ten sam dokument, w zakresie tej samej treści może być wielokrotnie zmieniany, co stoi w oczywistej sprzeczności z powszechnie już przyjętą zasadą jednokrotności wezwania. Dla przykładu można powołać:

1)wyrok Izby z dnia 7 listopada 2022 r. (KIO 2804/22) - *Stosowanie tej zasady polega bowiem, jak jednolicie wskazuje się KIO 2804/22 10 w orzecznictwie i poglądach doktryny, na jednokrotnym wezwaniu w zakresie konkretnego dokumentu, czy nawet konkretnej informacji zawartej w danym dokumencie, nie zaś na jednokrotnym wzywaniu danego wykonawcy w ogóle*,

2) wyrok Izby z dnia 29 czerwca 2021 r. (KIO 1649/21) - *Izba podziela stanowisko zamawiającego, wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy P.z.p. jest wezwaniem jednokrotnym*,

3) wyrok Izby z dnia 8 lutego 2023 r. (KIO 179/23) - skorzystanie przez Zamawiającego z instytucji określonej art. 128 ust. 1 ustawy Pzp co do zasady ma charakter jednokrotny. Tym samym błędy

popełnione przez Wykonawcę na etapie uzupełniania czy też poprawiania JEDZ obciążają samego Wykonawcę.
Orzeczenia prezentujące powyższy pogląd Zamawiający mógłby mnożyć, w tym powołując zachowujące aktualność wyroki wydane na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy.
Również Urząd Zamówień Publicznych w wydanym Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych jednoznacznie podkreślił, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego braku lub tego samego błędu dotyczącego określonego oświadczenia lub dokumentu.
Zrozumienie powyższej zasady i odniesienie jej do działań względem oświadczenia z art. 117 ust. 4 Pzp, jest kluczowym elementem warunkującym ocenę działań Zamawiającego.
Po pierwsze Zamawiający zauważa, że Odwołujący się już z ofertą złożyli oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia (art. 117 ust. 4 Pzp), które zawierało wadę polegającą na nieprawidłowym (niemożliwym do zidentyfikowania) wskazaniu robót budowlanych, które mają zamiar wykonać poszczególni wykonawcy.
Z jednej strony, Odwołujący się złożyli oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy, zgodnie z którym każdy z nich samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, z drugiej, podnieśli okoliczność korzystania ze zdolności podmiotu trzeciego. Dodatkowo dołączyli do oferty, zgodnie z wymaganiami ustawy, zobowiązanie tego podmiotu, gdzie zobowiązał się on realizować roboty kanalizacyjne przez cały okres trwania realizacji zamówienia. W samej ofercie Wykonawcy wskazali natomiast, że podmiot udostępniający zasoby wykona zakres odpowiadający 5 % całości zadania.
Mając na uwadze informacje płynące z ww. dokumentów, Zamawiający nie był w stanie zidentyfikować czy Wykonawcy będą zaangażowani w wykonanie robót budowlanych, których wykonywanie powinno zostać powierzone wykonawcy (lub podmiotowi udostępniającemu zasoby), który wykazuje warunek udziału obejmujący te roboty. Oświadczenie to w zestawieniu ze złożonym zobowiązaniem i treścią oferty było oczywiście sprzeczne.
Z tego powodu Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 po praz pierwszy wezwał Odwołujących do uzupełnienia oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia, przedłożone oświadczenie wg załącznika nr 6 nie wskazuje jaki zakres świadczenia objętego zamówieniem zrealizuje dany Wykonawca, zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w oświadczeniu tym należy wskazać które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni Wykonawcy.
Wadą dokumentu jak wskazano, po raz pierwszy było niewłaściwe wskazanie zakresu robót budowlanych wykonywanych przez poszczególnych konsorcjantów.
W odpowiedzi na wezwanie odwołujący się złożyli nowe oświadczenie z art. 117 ust. 4,
w którym doprecyzowali zakres wykonywanych robót, w ten sposób, że:
1) wykonawca P.U.H. „DOMAX" A.M. zrealizuje 100% robót drogowych (część 2),
2) wykonawca DDtherm Sp. z o.o. zrealizuje 80% robót instalacyjnych (część 2),
Dodatkowo w oświadczeniu tym wykonawca poinformował, że podmiot udostępniający zasoby - ELGRUNT Sp. z o.o. zrealizuje 20% robót instalacyjnych (część 2).
Złożone na wezwanie oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy, z uwagi na warunki jego złożenia, nie mogło podlegać już zmianom w zakresie sposobu określenia podziału robot między wykonawców. Tym samym, składane na późniejszym etapie dokumenty musiały być spójne
z tym oświadczeniem.
Wobec uzupełnienia oświadczenia Zamawiający wezwał Odwołujących do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zgodnie z wezwaniem złożyli.
W ramach podmiotowych środków dowodowych, doświadczenie w wykonaniu robót budowlanych wymaganych warunkiem wykazywał wyłączenie podmiot udostępniający zasoby - ELGRUNT Sp. z o.o.
Mając na uwadze złożone podmiotowe środki dowodowe, wskazujące na 100 % wykonanie robót kanalizacyjnych przez podmiot udostępniający zasoby, Zamawiający stwierdził następujące uchybienia:
1) W zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby wskazano, że podmiot ten będzie realizował roboty kanalizacyjne przez cały okres trwania zamówienia,
2) W ofercie natomiast określono, że w zakresie części 2 zamówienia Wykonawca powierzy wykonanie jedynie 5% zamówienia podwykonawcy (który jest zarówno podmiotem udostępniającym zasoby),
3) Z oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynika, że:
   a) P.U.H DOMAX A.M. wykona 100% robót drogowych,
   b) DDtherm wykona 80% robót instalacyjnych,
   c) ELGRUNT Sp. z o.o. wykona 20% robót instalacyjnych.

Zgodnie z art. 118 ust. 2 Pzp, W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostepniających zasoby, jeżeli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnień na podstawie art. 128 ust. 4 pzp rozbieżności

w poziomie zaangażowania podmiotu udostępniającego zasoby
w realizację zamówienia, w szczególności w odniesieniu do dyspozycji art. 118 ust. 2 ustawy.
W odpowiedzi, Odwołujący się potwierdzili, że konstrukcja ich dokumentów była wadliwa - rozbieżności procentowe i liczbowe w ww. dokumentach w odniesieniu do zakresu powierzonych zasobów i sposobu realizacji prac przez ELGRUNT Sp. z o.o. w ramach realizacji części 1 i części 2 zamówienia wynika z omyłki pisarskiej i niedopatrzenia po stronie Wykonawcy. W dalszej części wyjaśnień Odwołujący oświadczyli, że „będą opierali się na własnych zdolnościach technicznych i zawodowych, bez powoływania się na doświadczenie podmiotu trzeciego (...) W związku z powyższym tak dla części 1 jak i części 2 ww. zamówienia Wykonawca (Konsorcjum) celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie powołuje się na zdolności techniczne i zawodowe podmiotu trzeciego tj. spółki ELGRUNT Sp. z o.o.
i tym samym nie zachodzi konieczność realizacji przez ten podmiot części zamówienia
w charakterze podwykonawcy, co byłoby konieczne w przypadku, jak pierwotnie, powołania się przez Konsorcjum na zdolności techniczne i zawodowe spółki ELGRUNT Sp. z o.o.
Wykonawca wraz z wyjaśnieniami dokonał samouzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w tym ponownie złożył oświadczenie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, w którym przyjął następujący podział robót między wykonawców:
1) P.U.H. „DOMAX" A.M. zrealizuje 100% robót drogowych (część 2),
2) DDtherm Sp. z o.o. zrealizuje 100% robót instalacyjnych (część 2).
Natomiast podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania warunków udziału zostały złożone dla P.U.H. „DOMAX" A.M., czyli wykonawcy, który zgodnie
z oświadczeniem wstępnym (zarówno złożonym w ramach samouzupełnienia, jak i na pierwsze wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 ustawy) robót objętych warunkiem nie wykona.
Zamawiający w tym miejscu wskazuje, że sposób w jaki Odwołujący odpowiedzieli na wezwanie do złożenia wyjaśnień nie mógł skutkować innym działaniem ze strony Zamawiającego niż odrzucenie oferty. Wykonawca potwierdził przecież wadliwość korzystania z zasobu podmiotu trzeciego (słusznie zatem Zamawiający podniósł te uchybienia
w wezwaniach i uczynił to w sposób wystarczająco precyzyjny, skoro Wykonawcy wady te zrozumieli). Jednocześnie Odwołujący z polegania na zasobach podmiotu trzeciego zrezygnowali.
W ten sposób wykonawcy stworzyli „lukę", gdyż pierwotnie powoływany, w tym na wezwanie skierowane do Odwołujących w trybie art. 128 ust. 1 ustawy zakres robót, których nie zamierzał wykonać żaden z odwołujących (20 % robót instalacyjnych), musiałby przez któregoś z nich zostać objęty, a to wymagałoby poprawienia oświadczenia z art. 117 ust. 4 ustawy, które już raz w tym właśnie zakresie było poprawiane. Gdyby Zamawiający to umożliwił w ramach kolejnego wezwania z art. 128 ust. 1 Pzp lub zaakceptował oświadczenie samodzielnie złożone przez Odwołujących (ten sam skutek prawny), to złamałby wspomnianą zasadę jednokrotności wezwania.
Zamawiający nie zgadza się z tezą stawianą przez Odwołujących, jakoby zmiana okoliczności faktycznych związanych z rezygnacji z korzystania z zasobów podmiotu trzeciego uprawniała do łamania zasady jednokrotności wezwania do wyeliminowania uchybień dokumentu. Ustawa nie przewiduje tu bowiem żadnych wyjątków, a Odwołujący zapominają, że zmiana tych okoliczności jest skutkiem popełniania przez nich kolejnych błędów w procesie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego. Gdyby nie wadliwe oświadczenie z art. 117 ust. 4 złożone już z ofertą, Odwołujący nie utraciliby prawa jego modyfikacji na późniejszym etapie. Ryzyko popełnienia błędu na wcześniejszym etapie postępowania i utrata możliwości korzystania z określonych mechanizmów na etapie późniejszym obciąża Odwołujących.
Odwołujący się w pkt 8 odwołania stawiają pytanie - jak ocenić należy „autouzupełnienie" dokonane przez Konsorcjum Domax. W szczególności czy wskutek tej czynności i pisma Odwołującego się z dnia 1 czerwca 2023 r. należało wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, czy też z uwagi na „autouzupełnienie" pozostawić te dokumenty
i uznać je. W pkt 9 prezentują z kolei orzecznictwo Izby, które prezentuje pogląd, zgodnie
z którym jeżeli wykonawca składa dokumenty lub oświadczenia samodzielnie, nie czekając na wezwanie Zamawiającego w tym zakresie, to takie dokumenty i oświadczenia powinny zostać uznane za skutecznie złożone i podlegać ocenie, a wezwanie nie musi być wystosowane.
Cała argumentacja Odwołujących opiera się jednak na niewłaściwym założeniu. Nie mamy bowiem do czynienia z sytuacją, w której Odwołujący wyprzedzają wezwanie Zamawiającego, lecz składa dokumenty w celu usunięcia wady w zakresie, w jakim Zamawiający nie jest już uprawniony do formułowania jakichkolwiek żądań.
Pytanie na jakie należy odpowiedzieć nie dotyczy zatem prawa do samouzupełnienia dokumentów, ale prawa do uznania, że kolejna zmiana raz zmienionego wcześniej dokumentu, w zakresie tej samej wady, może zostać przez Zamawiającego przyjęta i nie narusza art. 128 ust. 1 ustawy. W ocenie Zamawiającego, prawa takiego oczywiście Zamawiający nie miał. Nawet orzecznictwo Izby, na którym argumentację budują Odwołujący wskazuje jednoznacznie, że dotyczy sytuacji wyprzedzającego złożenia dokumentów przed wezwaniem zamawiającego. Skoro zamawiający nie

ma prawa do formułowania wezwania (bo raz już to zrobił), to i uprawnienie, na które wskazuje Izba w tych orzeczeniach nie przysługuje.
Zamawiający wskazuje również, że nie przyjmuje argumentu Odwołujących, w którym wskazują, że Zamawiający zignorował przekazane dokumenty, ścieżkę naprawczą (obligatoryjną, którą przewidują przepisy pzp), stwierdzając – jak wynika z uzasadnienia z dnia 20 czerwca 2023 r. iż Wykonawca nie spełnia warunku dla części 2, co jest oczywistą nieprawdą w świetle „wykazu robót" i referencji.
Hipotetycznie przyjmując jak chcą Odwołujący, że są uprawnieni do samouzupełniania dokumentów (w zakresie podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy nie było kierowanych kolejnych wezwań w trybie art. 128 ust. 1 Pzp), to złożyli dokumenty niepotwierdzające, że spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z oświadczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, roboty objęte warunkiem w części 2 miałby wykonać (abstrahując od wykazanej wyżej wadliwości tego dokumentu) wykonawca DDtherm Sp. z o.o. A więc zgodnie z art.
117 ust. 3 Pzp, to dla tego wykonawcy Zamawiający w zakresie części 2 powinien przedstawić podmiotowe środki dowodowe potwierdzające, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończył co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o wartości zamówienia (jedna umowa) nie mniejszej niż 3 mln zł. Tymczasem dokumenty takie zostały złożone dla drugiego konsorcjanta, który zgodnie zaświadczeniem z art. 117 ust. 4 nie będzie wykonywał w ramach części 2 robót, do których referuje stawiany warunek udziału. Obowiązek powiązania doświadczenia wymaganego warunkiem i realnego zaangażowania w wykonanie określonych robót budowlanych jest okolicznością oczywistą. Odwołujący się w tym zakresie popełnili kolejny już błąd.
Z powyższych względów podnoszenie, że wykonawcy wykazali spełnianie warunków udziału w postępowaniu jest twierdzeniem dalece odbiegającym od prawdy. Tak samo błędna jest teza wskazana w Odwołaniu, iż potwierdzenie spełniania warunku (w tym tego dla części 2 - Rozdział VI pkt 24.a SWZ), następuje nie w oparciu o treść oświadczenia z art. 117 ust
4 ustawy pzp (co sugeruje uzasadnienie odrzucenia), ale w oparciu o „Wykaz robót" (wraz
z referencjami), co wprost wynika z treści Rozdziału IX pkt 3 ppkt 1 lit b SWZ. Potwierdzenie spełniania warunków udziału wynika z szeregu dokumentów, które muszą być oceniane łącznie i składanie ich w całkowitym oderwaniu od siebie jak czynią to Odwołujący nie może zostać zaaprobowane. Jakie ma bowiem znaczenie wykazanie, że określony podmiot co prawda posiada doświadczenie wymagane warunkiem udziału, skoro to doświadczenie (zgodnie z oświadczeniem z art. 117 ust. 4 Pzp) nie zostanie wykorzystane? Dokumenty te muszą zachować spójność w tym zakresie.
W zakresie zarzutu wskazanego w pkt 4) odwołania Zamawiający wskazuje, że jest to zarzut pusty. Wykonawca nie wskazał w odwołaniu na czym miało polegać rzekome zaniechanie Zamawiającego w tym zakresie, poprzestając jedynie na sformułowaniu „Warto również poddać po rozwagę, Izby czy w stanie faktycznym objętym niniejszym odwołaniem nie było wystarczające wezwanie przez Zamawiającego Konsorcjum DOMAX do złożenia „wyjaśnień" w trybie art. 128 ust 4 ustawy pzp w przedmiocie relacji pisma i załączników z dnia 1 czerwca 2023 r., a oświadczenia złożonego w trybie art. 117 ust 4 ustawy pzp." Izba nie bada okoliczności hipotetycznych, ale faktyczne naruszenia przepisów ustawy.
Marginalnie Zamawiający wskazuje jednak, że w stanie faktycznym zaistniałym
w postępowaniu, z uwagi na wykazaną już wadliwość dokumentów, wezwanie takie byłoby niecelowe, gdyż dalsze procedowanie oferty Odwołujących wymagało co najmniej zmiany oświadczenia złożonego zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy, a tego nie można zrobić w trybie art. 128 ust. 4, gdyż wyjaśnienia nie mogą zastąpić oświadczeń czy dokumentów. Dopuszczenie takiej sytuacji stanowiłoby obejście przepisów Pzp i de facto stanowiło kolejne wezwanie
o charakterze wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy.
W momencie uznania, że oferta Odwołujących polega odrzuceniu nie było możliwości formułowania dalszych wezwań.
W zakresie ostatniego z zarzutów Zamawiający wskazał, że informacja o odrzuceniu oferty Odwołujących spełniała wszelkie wymagania stawiane w ramach art. art. 253 ust 1 pkt 1 i 2,
w szczególności zawiera tak uzasadnienie faktyczne jak i prawne. Przepisy ustawy nie precyzują ani formy ani zakresu jaki to uzasadnienie ma konkretnie zawierać, poza ww. dwoma elementami. Zamawiający poinformował w przekazanej i opublikowanej na stronie prowadzonego postępowania informacji o wyborze jakie okoliczności wystąpiły w zakresie działań odwołujących i jaki jest ich związek z powołaną podstawą prawną odrzucenia. Informacja ta jest precyzyjna czemu wyraz dali sami Odwołujący szeroko formułując zarzuty odwołania. Potwierdza to zatem, że działania Zamawiającego zostały prawidłowo uzewnętrznione i uzasadnione.
Zamawiający stwierdził, ze Odwołujący uzasadniając ten zarzut forsują stawiane już dla innych zarzutów odwołania argumenty, jak np. Zamawiający pominął zupełnie dokumenty
i oświadczenia złożone dnia 1 czerwca 2023 r. potwierdzające spełnianie warunku, a także co również jest naruszeniem,

ocenił spełnianie warunku przez pryzmat oświadczenia z art. 117 ust 4 ustawy pzp (...). Zamawiający odniósł się już do nich szeroko we wcześniejszej części odpowiedzi, dlatego nie ma potrzeby powielania tej argumentacji.
Odwołujący dodatkowo wskazują, że zupełnie niekonsekwentnie Zamawiający wybrał ofertę Konsorcjum Domax w części 1 postępowania, podczas gdy w sposób niezasadny w części
2 odrzucił ją. Zamawiający wyjaśnia, że wybór oferty w części 1 był możliwy, gdyż składane
w toku postępowania przez Odwołujących dokumenty na takie działanie pozwoliły. Jednak okoliczności faktyczne w tych dwóch częściach były skrajnie różne. Z uwagi na to, że pierwsza część nie stanowi przedmiotu odwołania, argumentowanie zasadności dokonania wyboru nie ma w tym momencie żadnego znaczenia dla rozpoznania odwołania. Izba ocenia bowiem wyłącznie dokumenty złożone dla części 2 i ich wzajemne relacje.
Zamawiający nie zgodził się również z twierdzeniem Odwołujących, że nie wskazał
w uzasadnieniu dlaczego odstąpił od zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym wezwania w trybie art. 128 ust 1 ustawy pzp w stosunku do dokumentów podmiotowych (po piśmie Konsorcjum DOMAX) z dnia 1 czerwca 2023 r., dlaczego pominął wyjaśnienia z dnia
1 czerwca 2023 r. i „autouzupełnione" dokumenty i oświadczenia, wreszcie dlaczego nie zastosował – po otrzymaniu pisma 1 czerwca 2023 r. - w stosunku do Konsorcjum Domax wezwania do wyjaśnienia w trybie art. 128 ust 4 ustawy pzp w stosunku do oświadczenia opartego na art. 117 ust 4 ustawy pzp. Zamawiający jednoznacznie wskazał w informacji
o odrzuceniu oferty na błędy w dokumentach Odwołujących podkreślając, że z przedłożonych podmiotowych środków dowodowych wynika, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla części 2 tj. „1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej
o wartości zamówienia (jedna umowa) nie mniejszej niż 3 mln zł" wykazuje P.U.H. DOMAX A.M., natomiast z oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia wynika, że zakres robót, których dotyczy warunek wykona DDtherm Sp. z o.o. Na tym etapie zamówienia nie było możliwe ponowne wezwanie Wykonawcy na postawie art. 128 ust. 1 w celu uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający, wskazując na potrzebę złożenia prawidłowego dokumentu, nie jest zobowiązany podawać dokładnie, w jakiej formie wykonawca ma ten dokument złożyć. Te okoliczności wyjaśniają bowiem przepisy ustawy Pzp i rozporządzeń oraz postanowienia SWZ. Zamawiający nie mógł ponowić wezwania, bo nadal obowiązuje zasada jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej
z 1 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1676/21).
Wymaganych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu robót budowlanych nie może wykonywać Wykonawca, który nie spełnia danego warunku, niezależnie od tego jak wysoko ocenia swoje umiejętności. Stanowiłoby to obejście przepisów ustawy Pzp oraz zasady, że zamówienie ma wykonać podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe.
Podstawy odrzucenia oferty Odwołujących zostały zatem przedstawione w sposób pełny. Polemika Odwołujących w tym zakresie zmierza wyłącznie o formalnego rozszerzenia zarzutów odwołania, jednak niczego nie wnosi w zakresie oceny skuteczności odrzucenia ich oferty.
Mając na uwadze całą argumentację powołaną w odpowiedzi, Zamawiający wykazał zasadność odrzucenia oferty Odwołujących i nieprawidłowość ich działań. To brak zakwestionowania powstałych okoliczności stanowiłby przejaw naruszenia prawa przez Zamawiającego, w tym wybranych zasad wynikających z art. 16 i 17 ustawy, na które powołuje się Odwołujący. Zamawiający podkreśla, że Odwołujący w trakcie postępowania kilkukrotnie zmieniali decyzję w zakresie sposobu wykazywania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający skorzystał ze wszelkich przyznanych mu ustawą możliwości, aby ofertę odwołujących konwalidować, jednak to nie po stronie Zamawiającego leży obowiązek formułowania treści składanych na wezwanie dokumentów. Zamawiający nie jest uprawniony do wskazywania w wezwaniu jakiej odpowiedzi oczekuje od wykonawcy. Obowiązkiem Zamawiającego było kwestionowanie stwierdzonych wad co w sposób prawidłowy uczynił. Ryzyko niewłaściwego złożenia dokumentów, czy to w wyniku niedopatrzenia, czy nieznajomości ustawy obciąża wykonawcę. Co ważne, Odwołujący już na etapie składania ofert popełnili błędy, co w oczywisty sposób, w tym ze względu na brak możliwości stosowania tzw. procedury odwróconej w postępowaniu, miało wpływ na zakres działań jakie mogli podjąć w późniejszym czasie. Nie zmienia to jednak niczego w sposobie oceny podmiotowej tych wykonawców, która została przez Zamawiającego dokonana bez uchybień.

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

Izba stwierdziła, że żadna z przesłanek wskazanych w art. 528 ustawy Pzp, których skutkiem byłoby odrzucenie odwołania nie wystąpiła.
Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał spełnienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, zarówno posiadania interesu

w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody
w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. W tym zakresie Odwołujący wskazał, że w jego ocenie posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia
w rozumieniu art. 505 ust 1 ustawy Pzp, ponieważ działania i zaniechania Zamawiającego, doprowadziły do wyboru oferty Wykonawcy Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN
L. Walkiewicz Z. Warwarko Spółka Jawna (Lider Konsorcjum) 57-410 Ścinawka Średnia,
ul. 3-go Maja 8B Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum), wbrew przepisom ustawy Pzp. Oferta Odwołującego się – pierwotnie sklasyfikowana na miejscu pierwszym, została tymczasem odrzucona przez Zamawiającego. W przypadku uznania przez Izbę niniejszego odwołania, Odwołujący posiada realną szansę na uzyskanie zamówienia. W kontekście powyższego wydaje się bezspornie, iż Odwołujący posiada interes do wniesienia niniejszego odwołania, a potwierdza to wciąż aktualna zdaniem Odwołującego się linia orzecznicza Izby, zaprezentowana chociażby w wyroku z dnia 7 lutego 2017 r., stosownie do treści którego: „Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 p.z.p (dotychczas obowiązującej), jeżeli zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody" (wyrok KIO z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 167/17).
Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego skutecznie przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Zakład Inżynierii Sanitarnej „WINSAN" L.W. Z.W. Sp. j., Przedsiębiorstwo Wodno-Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. w Ząbkowicach Śląskich. Izba stwierdziła, że ww. wykonawcy zgłosili przystąpienie do postępowania w ustawowym terminie, wykazując interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego.
Izba rozpoznając odwołanie uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie
z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust.
2, a także inne pisma wraz z załącznikami składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa w związku z wniesionym odwołaniem.
Izba uwzględniła stanowiska prezentowane przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego na posiedzeniu i rozprawie.
Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy następujące dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej:
1.Oferta nr 4 PUH Domax A.M. oraz DDtherm Sp. z o.o. z 28.04.2023 r.,
2.Oświadczenia o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu – załącznik nr 5 do oferty nr 4,
3.Oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp – załącznik nr 6 do SWZ,
4.Wezwanie do złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z 8 maja 2023 r.,
5.Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp z 11 maja 2023 r.,
6.Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 12 maja 2023 r.,
7.Wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do oceny spełniania warunku zdolności zawodowej – załącznik nr 7 z 19 maja 2023 r.,
8.Pismo Odwołującego z 1 czerwca 2023 r. – wyjaśnienie dokumentów,
9.Informacja o wyborze najkorzystniejszej ofert z 20 czerwca 2023 r.

Na podstawie przywołanych dokumentów, biorąc również pod uwagę stanowiska stron
i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty naruszenia przez Zmawiającego:
1) art. 239 ust 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt
1 ustawy Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp, przez dokonanie wyboru w części 2 postępowania – jako najkorzystniejszej - oferty Wykonawcy Zakład Inżynierii Sanitarnej WINSAN L. Walkiewicz Z. Warwarko Spółka Jawna (Lider Konsorcjum) 57 410 Ścinawka Średnia, ul. 3-go Maja 8B Przedsiębiorstwo Wodno Melioracyjne w Ząbkowicach Śląskich Sp. z o.o. (Partner Konsorcjum) 57-200 Ząbkowice Śląskie, ul. Melioracyjna 3, pomimo, iż Wykonawca Domax spełniał warunki dla części 2 postępowania o których mowa w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ, co wprost wynikało z „autouzupełnionych" dokumentów i oświadczeń,
2)art. 226 ust 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp w zw. z art. 253 ust 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie w części 2 postępowania oferty Odwołującego – jako niespełniającej warunków

zakreślonych w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ,

3) art. 128 ust 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunku, o którym mowa w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ (dla części 2), w sytuacji, gdy Odwołujący, pismem z dnia 1 czerwca 2023 r. wskazał w sposób nie budzący wątpliwości, iż rezygnuje dla potwierdzenia spełniania warunku z opierania się na zasobach „podmiotu trzeciego" i opierał się będzie – celem spełniania warunków – na własnym doświadczeniu (dla części 1 w oparciu o realizację DDTherm Sp. z o.o., a dla części 2 w o realizację P.U.H. „Domax" A.M.) oraz oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 ustawy Pzp,
4) art. 128 ust 4 ustawy Pzp zaniechanie wyjaśnienia przez Zamawiającego rozbieżności wynikającymi z treści pisma złożonego wraz z dokumentami i oświadczeniami 1 czerwca 2023 r., a oświadczenia o którym mowa w art. 117 ust 4 ustawy pzp, nie są zasadne.

Izba rozpoznała powyższe zarzuty łącznie z uwagi na ich wzajemny związek.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*, ust. 2 stanowi, iż *najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem*.

Stosownie do art. 253 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, 1. *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Art. 253 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, *Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania*.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp*, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców*

Art. 17 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*.

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.*

Stosownie do 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.

Art. 128 ust. 4 ustawy Pzp*, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.*

Art. 117 ust. 4 ustawy Pzp, *w przypadku, o którym mowa w ust. 2 i 3, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia dołączają odpowiednio do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty oświadczenie, z którego wynika, które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni wykonawcy*.

Izba stwierdziła, iż zasadność podniesionych przez Odwołującego zarzutów sformułowanych w punktach 1-4 odwołania, należało rozpatrzeć przez pryzmat ujętych chronologicznie czynności Zamawiającego oraz Odwołującego, podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Odwołujący wraz z ofertą na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp złożyli oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z którym każdy z nich samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz że będą korzystać ze zdolności podmiotu trzeciego. Do oferty zostało dołączone oświadczenie podmiotu trzeciego, zgodnie z którym będzie on realizować roboty kanalizacyjne przez cały okres trwania realizacji zamówienia. W samej ofercie

Odwołujący wskazali natomiast, że podmiot udostępniający zasoby wykona zakres zamówienia odpowiadający 5 % całości zadania.

Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego w zakresie części 1 i 2 zamówienia publicznego do uzupełnienia oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i wskazał, że przedłożone oświadczenie wg załącznika nr 6 nie wskazuje, jaki zakres świadczenia objętego zamówieniem zrealizuje dany Wykonawca oraz że zgodnie z art. 117 ust. 4 ustawy Pzp w oświadczeniu tym należy wskazać które roboty budowlane, dostawy lub usługi wykonają poszczególni Wykonawcy.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący, na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp złożyli oświadczenie, w którym wskazali, że zrealizują zakres świadczenia wynikającego z umowy
o zamówienia publiczne, w następujący sposób:

1) wykonawca P.U.H. „DOMAX" A.M. zrealizuje 100% robót drogowych (część 2),

2) wykonawca DDtherm Sp. z o.o. zrealizuje 40 % wartości zamówienia, czyli 80% robót instalacyjnych (część 2),

3) podmiot udostępniający zasoby - ELGRUNT Sp. z o.o. zrealizuje 10 % wartości zamówienia, czyli 20% robót instalacyjnych (części 2).

Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: 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, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, sporządzony
z wykorzystaniem formularza stanowiącego załącznik nr 7 do SWZ.

W odpowiedzi Odwołujący złożył wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do oceny spełniania warunków zdolności zawodowej w załączniku nr 7.

Pismem z dnia 29 maja 2023 r. Zamawiający wezwał, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, w zakresie części 1 i 2 zamówienia publicznego Odwołującego do wyjaśnienia przedłożonych
w postepowaniu dokumentów:

1) zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia złożonego przez firmę ELGRUNT Sp. z o.o. wraz z ofertą, w którym oświadczono, iż podmiot ten będzie realizował roboty kanalizacyjne przez cały okres trwania realizacji zamówienia,

2) oferty, w której w pkt 11 oświadczono, że podwykonawcy a zarazem podmiotowi użyczającemu zasoby tj. firmie ELGRUNT Sp. z o.o. zamierza się powierzyć 5 % zamówienia zarówno w ramach części 1 jak i w ramach części 2 zamówienia,

3) oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, w którym oświadczono, iż podwykonawca a zarazem podmiot użyczający zasoby tj. firma ELGRUNT Sp. z o.o. będzie wykonywać 10% robót instalacyjnych tylko w ramach 2 części.

Zmawiający wskazał w piśmie, że biorąc pod uwagę, iż celem potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu odpowiedniej wiedzy
i doświadczenia zarówno dla części 1 jak i 2 polegacie Państwo zgodnie ze złożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi w całości na potencjale udostępnionym przez firmę ELGRUNT Sp. z o.o. oraz w związku ze złożonymi oświadczeniami, o których mowa wyżej wskazującymi, że podmiot udostępniający realizować będzie w zasadzie wyłącznie ok 5% zamówienia dla części 1 i 2 (zgodnie z złożoną ofertą) albo 0% zamówienia dla części 1 i 10 % zamówienia dla części 2 (zgodnie z złożonym oświadczeniem wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie), proszę o złożenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie zgodności Państwa oświadczeń z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp, w którym czytamy:

„W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane".

W odpowiedzi w piśmie z dnia 1 czerwca 2023 r. Odwołujący oświadczył, *że rozbieżności procentowe i liczbowe w ww. dokumentach w odniesieniu do zakresu powierzonych zasobów i sposobu realizacji prac przez ELGRUNT Sp. z o.o. w ramach realizacji części 1 i części*
2 zamówienia wynikała z omyłki pisarskiej i niedopatrzenia po stronie Wykonawcy.

Niemniej chcąc rozwiać wątpliwości Zamawiającego co do sposobu realizacji części 1 i części 2 zamówienia, w tym co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz faktycznego wykonawstwa poszczególnych prac, Wykonawca informuje, że odpowiednio dla części 1 i 2 poszczególni konsorcjanci będą opierali się na własnych zdolnościach

technicznych
i zawodowych, bez powoływania się na doświadczenie podmiotu trzeciego:
Część 1 – w tym zakresie DDtherm Sp. z o.o. samodzielnie dysponuje niezbędnymi zdolnościami technicznymi i zawodowymi, zdobytymi podczas realizacji zamówienia: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej PVC 200 mm oraz tłocznej PE 110 mm wraz
z odgałęzieniami PVC 160 mm do działek zlokalizowanych w rejonie ulic Kosmonautów
i Ciołkowskiego w Gliwicach oraz budowa tłoczni ścieków sanitarnych – Etap I i II inwestycji" dla PWiK Sp. z o.o. Gliwice, na dowód czego w załączeniu Wykonawca przedkłada stosowne poświadczenie,
Część 2 – w tym zakresie P.U.H. „DOMAX" A.M. samodzielnie dysponuje niezbędnymi zdolnościami technicznymi i zawodowymi zdobytymi podczas realizacji zamówienia: „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w Karchowicach – etap I" dla gminy Zbrosławice, na dowód czego w załączeniu Wykonawca przedkłada stosowne poświadczenie.
W związku z powyższym tak dla części 1 jak i części 2 ww. zamówienia Wykonawca (Konsorcjum) celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie powołuje się na zdolności techniczne i zawodowe podmiotu trzeciego tj. spółki ELGRUNT Sp. z o.o. i tym samym nie zachodzi konieczność realizacji przez ten podmiot części zamówienia
w charakterze podwykonawcy, co byłoby konieczne w przypadku, jak pierwotnie, powołania się przez Konsorcjum na zdolności techniczne i zawodowe spółki ELGRUNT Sp. z o.o.
Wykonawca oczywiście nie wyklucza powierzenia części prac objętych zamówieniem podwykonawcom, natomiast nie będzie to podwykonawstwo wymuszone faktem powoływania się na zdolności techniczne i zawodowe podmiotu trzeciego. Obecnie natomiast potencjalni podwykonawcy nie są znani.
Wykonawca z ostrożności pragnie wskazać, że na obecnym etapie postępowania dopuszczalna jest zmiana wykazanych zdolności technicznych i zawodowych podmiotu trzeciego na zdolności własne.
Zważyć trzeba, że przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych nie sprzeciwiają się takiej możliwości.
W dalszej części pisma Odwołujący przywołał treść art. 122 ustawy Pzp oraz wyrok KIO 505/21 oraz oświadczył, że przedkłada stosowne dokumenty:
1. Wypełniony załącznik nr 5 do SWZ tj. Oświadczenie wykonawcy o spełnianiu warunków udziału w postepowaniu składane na podstawie art. 273 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych – skorygowane w pkt 2, że Wykonawca nie polega na zdolnościach podmiotów trzecich,
2. Wypełniony załącznik nr 6 do SWZ tj. oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia składane na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, z którego wynika podział określonych części zamówienia przez poszczególnych konsorcjantów tj. Cześć 1 - DDtherm Sp. z o.o. – 100% prac instalacyjnych + projekt, Część 2 – P.U.H. „DOMAX" A.M. – 50% wartości zamówienia, czyli 100% robót drogowych, DDtherm Sp. z o.o. – 50% wartości zamówienia, czyli 100% robót instalacyjnych.
3. Wypełniony załącznik nr 7 do SWZ, wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do oceny spełniania warunku zdolności zawodowej,
4. Poświadczenie wystawione na rzecz DDtherm Sp. z o.o. – dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do części 1,
5. Poświadczenie wystawione na rzecz Przedsiębiorstwo Usługowo Handlowe „DOMAX" A.M. – dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do części 2.
W Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty – pismo z dnia 20 czerwca 2023 r. Zamawiający *w zakresie części 2* wskazał:
„Uzasadnienie prawne odrzucenia:
Zamawiający odrzuca ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit.c, tj. " Zamawiający odrzuca ofertę, została złożona przez wykonawcę, który nie złożył podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełniania warunków udziału w postepowaniu".
Uzasadnienie faktyczne odrzucenia:
Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił warunek o następującej treści: Zamawiający uzna, iż warunek ten został spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał należycie, zgodnie z przepisami prawa budowlanego oraz prawidłowo ukończył co najmniej 1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o wartości zamówienia (jedna umowa) nie mniejszej niż
3 mln zł. Konsorcjanci wskazali w ofercie, że samodzielnie (obaj) spełniają warunki udziału
w postępowaniu i ponadto powołują się na zasoby podmiotu trzeciego. W oświadczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia błędnie określili zakres robót, który wykona każdy z nich tj. 50% i 40% - bez wskazania zakresu świadczenia w poszczególnych częściach zamówienia. Zamawiający na postawie art. 128 ust. 1

wezwał Konsorcjantów do uzupełnienia ww. oświadczenia. W efekcie Konsorcjanci złożyli poprawione oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ustawy Pzp, wskazując, że P.U.H. DOMAX A.M. wykona 100% robót drogowych, DDtherm Sp. z o.o. wykona 80% robót instalacyjnych, zaś podmiot trzeci tj. firma ELGRUNT Sp. z o.o. wykona 20% robót instalacyjnych. Zamawiający wezwał Wykonawców na podstawie art. 274 ust. 1 do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Wykonawcy przedłożyli dokumenty, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci. Na marginesie już tylko zaznaczyć należy, że referencje za zgodność z oryginałem potwierdził Wykonawca, choć skoro dotyczą one podmiotu trzeciego, to ten podmiot powinien potwierdzić referencje za zgodność z oryginałem. Dokonując oceny podmiotowych środków dowodowych oraz wszystkich uprzednio przedłożonych dokumentów Zamawiający stwierdził niespójność:

1) w zobowiązaniu podmiotu udostepniającego zasoby wskazano, że podmiot ten będzie realizował roboty kanalizacyjne przez cały okres trwania zamówienia,

2) w ofercie natomiast określono, że w zakresie części 2 zamówienia Wykonawca powierzy wykonanie jedynie 5% zamówienia podwykonawcy (który jest zarówno podmiotem udostępniającym zasoby),

3) z oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynika, że: P.U.H DOMAX A.M. wykona 100% robót drogowych, DDtherm wykona 80% robót instalacyjnych, podmiot trzeci tj. ELGRUNT Sp. z o.o. wykona 20% robót instalacyjnych. Mając na uwadze zapisy art. 118 ust. 2: „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostepniających zasoby, jeżeli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane". Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 4 do złożenia wyjaśnień wobec złożonych w postępowaniu dokumentów.

W odpowiedzi Konsorcjanci zrezygnowali z polegania na zasobach podmiotu trzeciego. Samodzielnie, bez wezwania Zamawiającego złożyli ponownie oświadczenie Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia oraz podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu. Weryfikując wszystkie złożone dokumenty, należy zauważyć, że:

1) Wykonawca zrezygnował z polegania na zasobach podmiotu udostepniającego zasoby i samodzielnie wykazał spełnianie warunków udziału w postepowaniu i dokonał samouzupełnienia podmiotowych środków dowodowych (bez uprzedniego wezwania ze strony Zamawiającego).

2) wykonawca dokonał ponownej (trzeciej) modyfikacji oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 117 ustawy Pzp, oświadczając że 100% robót drogowych wykona P.U.H. DOMAX A.M., zaś 100% robót instalacyjnych wykona DDtherm sp. z o.o.

Z przedłożonych podmiotowych środków dowodowych wynika, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla części 2 tj „1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o wartości zamówienia (jedna umowa) nie mniejszej niż 3 mln zł" wykazuje P.U.H. DOMAX A.M., natomiast z oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynika, że zakres robót, których dotyczy warunek wykona DDtherm Sp. z o.o. Na tym etapie zamówienia nie było możliwe ponowne wezwanie Wykonawcy na postawie art. 128 ust. 1 w celu uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający, wskazując na potrzebę złożenia prawidłowego dokumentu, nie jest zobowiązany podawać dokładnie, w jakiej formie wykonawca ma ten dokument złożyć. Te okoliczności wyjaśniają bowiem przepisy ustawy Pzp i rozporządzeń oraz postanowienia SWZ. Zamawiający nie mógł ponowić wezwania, bo nadal obowiązuje zasada jednokrotności wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 1 lipca 2021 r., sygn. Akt KIO 1676/21).

Wymaganych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postepowaniu robót budowlanych nie może wykonywać Wykonawca, który nie spełnia danego warunku, niezależnie od tego jak wysoko ocenia swoje umiejętności. Stanowiłoby to obejście przepisów ustawy Pzp oraz zasady, że zamówienie ma wykonać podmiot posiadający określone kwalifikacje zawodowe.

Wykonawca złożył oświadczenie sprzeczne z art. 117 ustawy Pzp, w związku z czym uznać należy, że nie zostały złożone takie dokumenty, które potwierdzą, że roboty budowlane, do których realizacji to doświadczenie jest wymagane wykona Wykonawca, który posiada stosowne doświadczenie.

W świetle powyższego uznać należy, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postepowaniu w zakresie części drugiej zamówienia. A jego oferta w tejże części podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp."

Powyższe okoliczności Izba ustaliła na podstawie następujących dokumentów: Oferta nr 4 PUH Domax A.M. oraz DDtherm Sp. z o.o. z 28.04.2023 r., Oświadczenia o spełnianiu przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu – załącznik nr 5 do oferty nr 4, Oświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia na podstawie art. 117 ust. 4 Pzp – załącznik nr 6 do

SWZ,Wezwanie do złożenia, uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów z 8 maja 2023 r., Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego składane na podstawie art. 117 ust.
4 ustawy Pzp z 11 maja 2023 r., Wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych z 12 maja 2023 r., Wykaz wykonanych robót budowlanych w zakresie niezbędnym do oceny spełniania warunku zdolności zawodowej – załącznik nr 7 z 19 maja 2023 r., Pismo Odwołującego z 1 czerwca 2023 r. – wyjaśnienie dokumentów, Informacja o wyborze najkorzystniejszej ofert z 20 czerwca 2023 r.

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przewiduje obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia poprawienia lub uzupełnienia niezłożonych lub niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń. Z brzmienia przepisu wynika, iż jest to wezwanie obligatoryjne. Jednakże wezwanie to kierowane jest do wykonawcy tylko raz. Wykonawca nie jest uprawniony do samodzielnego złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, w związku z faktem, iż to zamawiający jest gospodarzem postępowania, to on dokonuje oceny złożonych ofert i decyduje, który ze złożonych dokumentów wymaga uzupełnienia lub wyjaśnienia. To zamawiający wzywa do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia dokumentów, zatem samodzielne działanie wykonawcy należałoby ocenić jako naruszenie zasady równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lun innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Z treści powyższego przepisu: „*zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień*" wynika, że złożenie wyjaśnień nie jest procedurą obligatoryjną. Tylko w wypadku, gdy zamawiający poweźmie wątpliwości co treści czy to oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 czy też innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu zwraca się do wykonawców z wezwaniem do wyjaśnień, przy czym wezwanie zamawiającego może być kierowane do wykonawców wielokrotnie.

W rozpoznawanej przez Izbę sprawie, Zamawiający jak wynika z Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, stwierdził, iż z przedłożonych przez Odwołującego podmiotowych środków dowodowych wynikało, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu dla części 2, czyli „1 robotę budowlaną polegającą na budowie sieci kanalizacji sanitarnej o wartości zamówienia (jedna umowa) nie mniejszej niż 3 mln zł" wykazał P.U.H. DOMAX A.M., natomiast z oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wynikało, że zakres robót, których dotyczy warunek wykona DDtherm Sp. z o.o. A wobec powyższego Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postepowaniu w zakresie części drugiej zamówienia, zatem jego oferta w części 2 podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. Powyższej okoliczności nie kwestionował Odwołujący, który twierdził, że Odwołujący spełniają warunek, ale wynika to z oświadczenia złożonego w dniu 1 czerwca 2023 r.

Jak słusznie wskazał Zamawiający na tym etapie nie było możliwości ponownego wezwania Wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, ponieważ Odwołujący już uprzednio byli wzywani, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia oświadczenia Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Zatem byłoby to kolejne, niedopuszczalne wezwanie Odwołujących w trybie art. 128 ust.
1 ustawy Pzp.

Nie zmienia tego faktu podnoszona przez Odwołującego okoliczność, że zamienił się stan faktyczny w związku z oświadczeniem Odwołujących, że rezygnują z korzystania z zasobów podmiotu trzeciego oraz że sam Odwołujący bez wezwania złożył dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący już uprzednio złożyli zarówno wraz z ofertą, jak i później na skutek wezwań Zamawiającego sprzeczne oświadczenia
z przedłożonymi dokumentami, które doprowadziły Zamawiającego do konkluzji, że Wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie części drugiej zamówienia.

Zdaniem Izby niezasadne byłoby również kierowanie przez Zamawiającego kolejnych wezwań w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Wezwania w tym trybie kierowane są w wypadku powzięcia przez zamawiającego wątpliwości co treści dokumentów lub oświadczeń składanych
w postępowaniu.

W ocenie Izby Zamawiający takich wątpliwości w tym przypadku nie posiadał, o czym świadczy treść kolejnych wezwań kierowanych do Odwołujących oraz treść Informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Przy czym jak słusznie zauważył Zamawiający, że treść wyjaśnień nie może zastąpić wcześniejszych oświadczeń lub dokumentów.

Nie było podstaw także do uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego bez uprzedniego wezwania Zamawiającego.

W ocenie Izby, w sposób prawidłowy Zamawiający skorzystał z instytucji przewidzianych
w art. 128 ust. 1 oraz ust. 4 ustawy Pzp, umożliwiając Odwołującemu korygowanie odpowiednio do treści wezwań złożonych przez Odwołującego oświadczeń w postępowaniu zgodnie z ramami wyznaczonymi przepisami ustawy Pzp oraz zasadami rządzącymi postępowaniami o udzielenie zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe okoliczności zarzuty wskazane w punktach 1 – 4 odwołania, Izba uznała za niezasadne.

Jako niezasadny Izba oceniła również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 253 ust.

1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp i art. 17 ust 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie podania uzasadnienia prawnego i faktycznego dla decyzji podjętej w reżimie art. 226 ust 1 pkt 2 lit c ustawy Pzp w szczególności z uwagi na fakt, iż przedłożone przez Wykonawcę oświadczenia i dokumenty przeczą temu by nie spełnił on warunku zakreślonego w Rozdziale VI pkt 24.a SWZ, podczas gdy – jak wynika z uzasadnienia – okoliczność ta zadecydowała o odrzuceniu oferty.

Z powyższym zarzutem pozostaje w sprzeczności treść pisma Zamawiającego z 20 czerwca 2023 r. – Informacja o wyborze najkorzystniejszej oferty. W części dotyczącej odrzucenia ofert Odwołującego podał zarówno podstawę prawną oraz podstawę faktyczną odrzucenia.

W uzasadnieniu Zamawiający przedstawił w sposób szczegółowy przebieg prowadzonego przez siebie postępowania, wskazał na czynności podjęte przez siebie oraz Odwołującego. Wskazał na podstawę podjętej przez siebie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego, a także wyjaśnił, dlaczego nie było możliwe ponowne wezwanie Odwołującego na podstawie art.

128 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższych okoliczności Izba nie uwzględniła powyższego zarzutu.

O kosztach postępowania odwoławczego w tej sprawie, na które złożył się uiszczony wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, Izba orzekła stosownie do jej wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 oraz § 5 pkt 2 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. poz. 2437) – obciążając nimi Odwołującego.

Wobec powyższego, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ……..……..