Sygn. akt: KIO 2164/25

WYROK

Warszawa, 4 lipca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Anna Chudzik

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 28 maja 2025 r. przez E.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.Z. Zakład Instalacyjno-Budowlany,

w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Międzyrzec Podlaski,

orzeka:

1.Oddala odwołanie:

2.Kosztami postępowania obciąża E.Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą E.Z. Zakład Instalacyjno-Budowlany i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;

2.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero 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 2164/25

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Międzyrzec Podlaski – prowadzi w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia pn. *Zrównoważony rozwój gospodarki wodno-ściekowej na terenie Gminy Międzyrzec Podlaski* Wartość zamówienia jest mniejsza niż progi unijne. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 2025/BZP 00175136.

E.Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą E.Z. Zakład Instalacyjno-Budowlanywniósł 28 maja 2025 r. odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do zadania nr 1 i odrzucenia oferty Odwołującego oraz zaniechania wezwania Odwołującego do poprawienia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, poprzez wykazanie, że samodzielnie spełnia te warunki.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w związku z niezłożeniem zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, w sytuacji gdy brak przedłożenia tego zobowiązania nie stanowi przesłanki odrzucenia oferty, a powoduje jedynie bezskuteczność powołania się na zasoby innego podmiotu;

2)art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do poprawienia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu poprzez wykazanie, że samodzielnie spełnia warunki, w wyniku nieskutecznego powołania się na zasoby innego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

3)art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne zatrzymanie wadium Odwołującego, w sytuacji, gdy oferta Odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a zatem nie została spełniona przesłanka zatrzymania wadium;

4)art. 16 pkt. 1 oraz art. 17 ust. 2 ustawy Pzp, przez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencję oraz równego traktowania wykonawców;

5)ewentualnie (w przypadku nieuwzględnienia zasadności zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2): art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przedwczesne wezwanie Odwołującego do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, w sytuacji gdy Zamawiający w dalszym ciągu dokonywał badania pozostałych przesłanek odrzucenia ofert, w tym w szczególności badania poszczególnych ofert w zakresie rażąco niskiej ceny, w związku z czym winien był skierować przedmiotowe wezwanie do Odwołującego dopiero po zakończeniu badania tych przesłanek, na co jednoznacznie wskazuje brzmienie art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym obowiązek dokonania takiego wezwania nie aktualizuje się w przypadku, gdy wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na złożenie, uzupełnienie lub poprawienie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

a)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

b)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

c)powtórzenia czynności badania oraz oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

d)ewentualnie w przypadku w przypadku nieuwzględnienia zasadności zarzutów podniesionych w pkt 1 i 2, a uwzględnieniu zarzutu wskazanego w pkt 5, obok wniosków przedstawionych w pkt 1-3 powyżej – dokonania unieważnienia czynności wezwania Wykonawcy do przedłożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

W punkcie 6.1.4 SWZ Zamawiający określił następujące m.in. następujący warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie części nr 1:

1) *Wykonawca winien wykazać, że wykonał należycie nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie:*

a) w zakresie części nr 1 zamówienia:

co najmniej jedną robotę budowlaną, która polegała na budowie lub przebudowie sieci wodociągowej o długości sieci minimum 0,4 km,

Odwołujący w złożonym oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 4 do SWZ) oświadczył, że w celu wykazania spełnienia warunku określonego w pkt. 6.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego – Mel-KAN Sp. z o.o. z siedzibą w Łukowie. Odwołujący dołączył do oferty oświadczenie ww. podmiotu o braku podstaw do wykluczenia oraz o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ (Załącznik nr 4a do SWZ). Odwołujący nie załączył zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby niezbędne do wykazania spełniania ww. warunku.

Zamawiający 9 maja 2025 r. skierował do Odwołującego – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp – wezwanie do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie pkt. 6.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ. Odwołujący nie odpowiedział na powyższe wezwanie.

Następnie, 20 maja 2025 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wskazania powodów niezłożenia, w odpowiedzi na wezwanie na podstawie przepisów art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Zamawiający wskazał, że wezwanie jest związane z prowadzoną procedurą wyjaśniającą mającą na celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki zatrzymania wadium wniesionego w formie pieniężnej. W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący oświadczył, że nie zauważył wezwania do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz że nadal jest zainteresowany realizacją przedmiotowego zadania i podtrzymuje ważność złożonej oferty. Ponadto Odwołujący przedstawił zobowiązanie MEL-KAN Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia.

Pismem z 23 maja 2025 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał:

Zgodnie z pkt 9.4. SWZ Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z ofertą, zobowiązanie 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. Wykonawca składając ofertę w niniejszym postępowaniu złożył oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 4 do SWZ), w którym oświadczył, że spełnia samodzielnie warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SWZ – 6.1.4 ppkt 1 lit. a), ppkt 2 lit. a) i b) i oświadczył, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w pkt. 6.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego tj. MEL – KAN Sp. z o.o., (…) i dołączył do oferty oświadczenie podmiotu trzeciego w zakresie braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienie warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 4a do SWZ), z którego wynika, iż podmiot trzeci spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 6.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ. Wykonawca do oferty nie załączył zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby niezbędne do wykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie pkt. 6.1.4 ppkt 1 lit. a) SWZ. Wobec powyższego, Zamawiający w dniu 9 maja 2025 r. wezwał Wykonawcę do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. W wyznaczonym terminie Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów.

Ponadto Zamawiający poinformował o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, w związku z tym, że Odwołujący pomimo wezwania w trybie art. 128 ust. 1ustawy Pzp nie złożył zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w , 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. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w , występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w lub , z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w lub , oświadczenia, o którym mowa w , innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w , co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

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

Zgodnie z art. 17 ust. 2 ustawy Pzp zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W ocenie Izby Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego i zatrzymując wniesione przez niego wadium, nie naruszył przytoczonych wyżej przepisów ustawy.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego nie złożył zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia. Zobowiązanie takie jest dokumentem mającym potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak reakcji na skierowane przez Zamawiającego wezwanie do uzupełnienia tego dokumentu wypełnia przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Powyższej oceny nie zmienia fakt, że w świetle przepisów ustawy Pzp poleganie na zasobach innego podmiotu jest uprawnieniem wykonawcy, z którego można zrezygnować po upływie terminu składania ofert, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie. W rozpoznawanej sprawie Odwołujący powołał się na potencjał podmiotu trzeciego w złożonym z ofertą oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz dołączył do oferty oświadczenie ww. podmiotu o braku podstaw do wykluczenia oraz o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.1.4 ppkt 1 lit. a SWZ (Załącznik nr 4a do SWZ), nie przedstawił jednak stosownego zobowiązania

tego podmiotu. Jeżeli Odwołujący powołał się na zasoby innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to miał obowiązek złożenia wraz z ofertą zobowiązania tego podmiotu, o czym stanowi art. 118 ust. 3 ustawy Pzp. W tych okolicznościach Zamawiający prawidłowo zastosował przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając Odwołującego do uzupełnienia tego dokumentu.

Nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, że nieprzedstawienie zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby Zamawiający powinien ocenić jako nieskuteczne powołanie się na te zasoby, co powinno skutkować skierowaniem kolejnego wezwania do wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 122 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Podkreślenia wymaga, że dyspozycja tego przepisu obejmuje sytuacje, w których zasoby podmiotu udostępniającego są oceniane negatywnie pod względem merytorycznym, tj. zasoby tego podmiotu nie są wystarczające do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Żadna z tych okoliczności w przedmiotowej sprawie nie została stwierdzona – Zamawiający nie ustalił, że MEL-KAN Sp. z o.o. nie ma zdolności odpowiadających warunkom udziału w postępowaniu ani że podlega wykluczeniu. Zaistniała natomiast nieprawidłowość natury formalnej, tj. nieprzedstawienie – wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 118 ust. 3 ustawy Pzp – niezbędnego dokumentu, jakim jest zobowiązanie do udostępnienia zasobów, co powinno być usunięte w trybie wezwania z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Nie można natomiast zaakceptować poglądu, zgodnie z którym wykonawca, który zignorował wezwanie do uzupełnienia brakującego zobowiązania podmiotu trzeciego ma prawo domagać się kolejnego wezwania, skierowanego czy to w trybie art. 128 ust. 1 czy art. 122 ustawy Pzp.

Niezależnie od powyższego, Izba podziela prezentowane w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że art. 122 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej podstawy wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu wykazania spełniania samodzielnie warunków udziału w postępowaniu w stosunku do przewidzianej w ustawy Pzp, a odmienna interpretacja byłaby sprzeczna z zasadą jednokrotnego wezwania do uzupełniania oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (tak m.in. Komentarz do ustawy Prawo zamówień publicznych red. Jaworska 2025, wyd. 6/Marzena Jaworska, Legalis oraz Opinia UZP z 9 sierpnia 2017 r. „Relacja do ustawy Prawo zamówień publicznych", www.uzp.gov.pl – strona archiwalna). Izba podziela również stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3152/24, w którym Izba stwierdziła,*że art. 122 ustawy nie jest samodzielną i osobną przesłanką do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub samodzielnego wykazania spełniania warunku. Przepis ten jest jedynie wskazówką co do sposobu uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy, w sytuacji gdy wykonawca korzysta z udostępnienia zasobu, a zasób ten nie potwierdza spełniania warunku udziału*.

Dostrzeżenia wymaga również, że gdyby Odwołujący miał faktycznie wolę wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, to miał możliwość zgłoszenia takiego zamiaru również w reakcji na wezwanie do uzupełnienia zobowiązania skierowane na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tymczasem Odwołujący na to wezwanie w ogóle nie zareagował, a następnie – dopiero w odpowiedzi na wezwanie zmierzające do wyjaśnienia podstaw do zatrzymania wadium – pozostał przy pierwotnej deklaracji skorzystania z potencjału MEL-KAN Sp. z o.o. i przedstawił zobowiązanie tego podmiotu.

Wobec powyższego Zamawiający prawidłowo ustalił, że zaistniały określone w art. art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp przesłanki zatrzymania wadium. Odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w ustawy Pzp, nie złożył podmiotowego środka dowodowego w postaci zobowiązania innego podmiotu do udostępnienia zasobów, a niezłożenie tego dokumentu należy uznać za spowodowane przyczynami leżącymi po stronie wykonawcy. Nie jest bowiem żadnym usprawiedliwieniem dla braku odpowiedzi na skierowane przez Zamawiającego wezwanie to, że Odwołujący *nie zauważył wezwania do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby*. Odwołujący zobowiązany był do działania z wymaganą od profesjonalnego wykonawcy należytą starannością, nie może się więc powoływać na przeoczenie kierowanej do niego korespondencji. Jednocześnie nieuzupełnienie brakującego zobowiązania spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej – Zamawiający nie stwierdził bowiem żadnych innych podstaw, które by taki wybór uniemożliwiały.

Ponadto, nie można czynić Zamawiającemu zarzutu z faktu wezwania do wskazania powodów niezłożenia, zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, w celu ustalenia, czy zachodzą przesłanki zatrzymania wadium. Izba nie podziela sformułowanych przez Odwołującego w tym zakresie zastrzeżeń dotyczących zastosowania nieznanej

ustawie procedury wyjaśniającej. Zauważenia wymaga, że ustalenie przesłanek zatrzymania wadium wymaga również oceny strony podmiotowej niezłożenia wymaganego dokumentu, tj. oceny, czy nastąpiło to z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Podjęta przez Zamawiającego inicjatywa wyjaśnienia przyczyn nieprzedstawienia zobowiązania świadczy jedynie o dołożeniu należytej staranności, nie może być natomiast uznana za niezgodna z ustawą.

Za niezasadny Izba uznała zarzut ewentualny, dotyczący rzekomej przedwczesności wezwania do uzupełnienia zobowiązania. Odwołujący podniósł, że Zamawiający 8 maja 2025 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnień dotyczących ceny oferty, w celu ustalenia czy cena ta nie jest rażąco niską ceną i nie czekając na odpowiedź Odwołującego na ww. wezwanie wezwał Odwołującego do złożenia zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby. Powyższe – zdaniem Odwołującego – jest sprzeczne z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wezwania do uzupełnienia dokumentów nie kieruje się, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Podkreślić należy, że wskazane w ww. przepisie odstąpienie od wezwania należy odnosić do sytuacji, gdy już w chwili stwierdzenia konieczności uzupełnienia określonego dokumentu zamawiający ma wiedzę o innych wadach oferty, powodujących jej odrzucenie. W rozpoznawanej sprawie Zamawiający ustalając, że zaszła konieczność uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów, nie stwierdził żadnych okoliczności, które prowadziłyby do odrzucenia oferty z innych przyczyn. Zamawiający nie miał więc obowiązku wstrzymywać się z wezwaniem do zakończenia badania oferty, a zwlekanie z tym wezwaniem byłoby nieuzasadnione z punktu widzenia ekonomiki postępowania.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 , stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami Odwołującego.

Przewodnicząca:……