

WYROK
z dnia 7 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 kwietnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 marca 2023 r. przez wykonawcę **M. J. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą M. J. – DROGLAB, ul. Stefana Okrzei 64/3, 25-526 Kielce,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich, Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra,**

z udziałem wykonawcy **G. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą GreenLab Polska G. S., ul. Piaskowa 2, 66-010 Nowogród Bobrzański,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GreenLab Polska G. S. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania minimum 1 profilografem laserowym i minimum 1 aparatem SRT do badania szorstkości nawierzchni oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich, Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego: Województwa Lubuskiego – Zarządu Dróg Wojewódzkich, Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra, na rzecz odwołującego: M. J. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą M. J. – DROGLAB, ul. Stefana Okrzei 64/3, 25-526 Kielce, kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczzonego wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 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:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Województwo Lubuskie – Zarząd Dróg Wojewódzkich, Al. Niepodległości 32, 65-042 Zielona Góra, prowadzi w trybie podstawowym z możliwością negocjacji, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonanie badań laboratoryjnych przy robotach drogowych i mostowych na drogach wojewódzkich województwa lubuskiego w roku 2023”, numer referencyjny: WZA-33205/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 12.01.2023 r., nr 2023/BZP 00027818.

Pismem z dnia 20.03.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GreenLab Polska G. S..

W dniu 27.03.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca M. J. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą M. J. – DROGLAB, ul. Stefana Okrzei 64/3, 25-526 Kielce (dalej: „odwołujący”) zarzuciła zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 253 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy GreenLab Polska G. S., podczas gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu (zdolności technicznych),
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy GreenLab Polska G. S., mimo że wykonawca nie spełnia warunku zdolności technicznej tj. nie wykazał sprzętu w postaci: Profilograf laserowy do badania równości podłużnej nawierzchni IRI oraz Przyczepka dynamometryczna SRT do badania współczynnika tarcia nawierzchni drogowej,
- 3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty mimo braku spełnienia przez ww. wykonawcę warunku zdolności technicznej,
- 4) **z ostrożności procesowej: art. 128 ust. 1 ustawy** Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy GreenLab do wykazania **samodzielnego** spełnienia warunku zdolności technicznej w zakresie posiadania sprzętu: Profilograf laserowy do badania równości podłużnej nawierzchni IRI oraz Przyczepka dynamometryczna SRT do badania współczynnika tarcia nawierzchni drogowej.

W szczególności odwołujący podniósł, co następuje.

„Na wstępie warto wyjaśnić, że Zamawiający już raz dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy GreenLab Polska G. S.. Odwołujący na ten wybór złożył odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie zarejestrowanej pod sygnaturą akt KIO 441/23. Głównym

zarzutem było zaniechanie zastosowania treści art. 274 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wykonawcy do przedłożenia wykazu sprzętu (warunek zdolności technicznej) (...) Zamawiający uznał odwołanie w całości, co spowodowało umorzenie postępowania w sprawie KIO 441/23.

Następnie pismem z dnia 02 marca 2023 roku Zamawiający wezwał GreenLab w trybie art. 274 ust. 1 pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu następujących narzędzi (...) W odpowiedzi na to wezwanie Wykonawca GreenLab przedłożył wykaz narzędzi z jednoczesnym oświadczeniem podmiotu trzeciego datowanego na dzień 03 marca 2023 roku – J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni, gdzie podmiot ten oświadczył, że użycza zdolności zawodowych w postaci: 1. Profilograf laserowy do badania równości podłużnej nawierzchni TRI. 2. Przyczepkę dynamometryczną SRT do badania współczynnika tarcia nawierzchni drogowej. Podmiot ten oświadczył również, że zrealizuje usługi objęte zamówieniem przy pomocy właśnie tych urządzeń.

Następnie pismem z dnia 13.03.2023 roku Zamawiający wezwał na podstawie art. 128 ust. 4 pzp wykonawcę GreenLab do złożenia wyjaśnień co do przedmiotowego oświadczenia podmiotu trzeciego tj. czy chodzi o zdolność techniczną czy zdolność zawodową. Wykonawca GreenLab w odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 13.03.2023 złożył stosowne wyjaśnienia pismem z dnia 16.03.2023 roku, które w gruncie rzeczy sprowadzają się do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego - ponownie bowiem złożono oświadczenie podmiotu trzeciego jednak o innej treści - zamiast pierwotnie udzielonego doświadczenia (wykonania części usług) dokonano zamiany na udzielenie zdolności technicznej (użyczenia narzędzi) - oświadczenie podmiotu trzeciego podpisano ponownie dnia 16.03.2023 roku. (...)

Na wstępie należy wyjaśnić, że wykonawca GreenLab wraz z ofertą złożył oświadczenie podmiotu trzeciego na okoliczność wykazania się zdolnością zawodową (spełnienie warunku doświadczenia w zakresie): badania mas z nawierzchni bitumicznych, akceptacja receptur bitumicznych, opracowanie elaboratu odbiorowego - wykonanie inspekcji telewizyjnej kanalizacji deszczowej. W pozostałym zakresie wykonawca oświadczył, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie usług wykonywanych przy użyciu sprzętu w postaci: 1. Profilograf laserowy do badania równości podłużnej nawierzchni IRI. 2. Przyczepkę dynamometryczną SRT do badania współczynnika tarcia nawierzchni drogowej. Wykonawca GreenLab składając ofertę oświadczył również, że samodzielnie spełnia zdolności techniczne (posiadanie wymaganych narzędzi).

(...) Zamawiający w swojej ocenie spełnienia warunku zdolności technicznej (wykazu niezbędnych narzędzi) wykonawcy GreenLab zupełnie pominął fakt, że po złożeniu ofert wykonawca nie może już powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego jeżeli pierwotnie wraz z ofertą nie złożył w tym zakresie stosownego oświadczenia. (...) Wykonawca GreenLab

wraz z ofertą złożył oświadczenie w trybie art. 125 ust. 1 pzp, że samodzielnie spełnia warunek zdolności technicznej. (...)

W obecnej sytuacji jedynym możliwym działaniem Zamawiającego jest odrzucenie oferty wykonawcy GreenLab na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c pzp. Zamawiający nie ma już możliwości zastosowania treści art. 128 ust. 1 pzp albowiem został on w tym zakresie już zastosowany - wystosowano wezwanie do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku w tym zakresie. Mimo wezwania warunek nadal nie został spełniony. Wezwanie do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów, określonych w art. 128 ust. 1 PZP, może być dokonywane tylko raz w stosunku do tej samej nieprawidłowości dotyczącej określonego oświadczenia lub dokumentu. Powyższe wynika z obowiązku stosowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.”

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenia oferty GreenLab Polska G. S. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp,
- 3) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 29.03.2023 r. wykonawca G. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą GreenLab Polska G. S., ul. Piaskowa 2, 66-010 Nowogród Bobrzański (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 07.04.2023 r. zamawiający i przystępujący przedłożyli odpowiednio odpowiedź na odwołanie i pismo procesowe, w których wnieśli o oddalenie odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest obsługa laboratoryjna dróg wojewódzkich (nowobudowanych, remontowanych, przebudowywanych i istniejących) województwa lubuskiego administrowanych przez Zarząd Dróg Wojewódzkich w Zielonej Górze.

W rozdziale III specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) pn. Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 2 zamawiający wskazał: „W celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełni

wymagania, jeżeli wykaże, że dysponuje odpowiednimi narzędziami, wyposażeniem laboratorium lub urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami tj.:

- minimum 1 mechaniczny ubijak Marshalla;
- minimum 1 mechaniczny ubijak Proctora;
- minimum 1 ekstraktor;
- minimum 1 waga elektroniczna;
- minimum 1 aparat VSS;
- minimum 1 zestaw sit;
- minimum 1 wiertnica do wykonywania odwiertów w konstrukcji nawierzchni;
- minimum 1 profilograf laserowy;
- minimum 1 aparat SRT do badania szorstkości nawierzchni;
- minimum 1 prasa do badania wytrzymałości;
- minimum 1 retroreflektometr;
- minimum 1 wahadło angielskie.”

Pod spodem zamawiający zamieścił tabelę stanowiącą wzór wykazu sprzętu, jaki mają złożyć wykonawcy.

Przystępujący złożył ofertę, w której oświadczył m.in., że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów: Kanal Plus oraz Monolit. Do oferty przystępujący dołączył:

- oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp od podmiotu udostępniającego zasoby PW Monolit Laboratorium Drogowe, w którym podmiot ten wskazał na spełnianie warunków w zakresie: „badania mas z nawierzchni bitumicznych, akceptacja receptur bitumicznych, opracowanie elaboratu odbiorowego”, a także zobowiązanie tego podmiotu do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności zawodowej, tj. w zakresie tożsamym, w jakim wskazał na spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
- zobowiązanie od podmiotu Kanal Plus A. D., w którym podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do ich udostępnienia w zakresie zdolności zawodowej, tj. w zakresie wykonania inspekcji telewizyjnej kanalizacji deszczowej (przeгляд kamerą) wraz z niezbędnym czyszczeniem kanalizacji przez cały okres trwania umowy.

W toku postępowania kilkakrotnie zamawiający wzywał przystępującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia / wyjaśnienia / poprawienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie warunków udziału w postępowaniu dotyczących doświadczenia i sytuacji ekonomicznej.

Pismem z dnia 13.02.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Pismem z dnia 20.02.2023 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zakwestionował wybór oferty przystępującego i wskazał na zaniechanie wezwania go przez zamawiającego do złożenia wykazu sprzętu w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej. Zamawiający uwzględnił odwołanie w całości, w wyniku czego postępowanie odwoławcze zostało umorzone (KIO 441/23).

Pismem z dnia 02.03.2023 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 02.03.2023 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, do złożenia podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu sprzętu.

W odpowiedzi przystępujący złożył wykaz sprzętu, w którym większość urządzeń wskazał jako „dysponowanie własne”, zaś profilograf laserowy oraz aparat SRT do badania szorstkości nawierzchni – jako „użyczenie przez J. B. z *Badania Gruntów i Nawierzchni*”. Do wykazu przystępujący dołączył oświadczenie firmy J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni o użyczeniu: profilografu laserowego do badania równości podłużnej nawierzchni IRI oraz przyczepki dynamometrycznej SRT do badania współczynnika tarcia nawierzchni drogowej.

Pismem z dnia 07.03.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Pismem z dnia 08.03.2023 r. zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 09.03.2023 r. zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, dla podmiotu użyczającego zasoby, tj. dla firmy J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni.

W odpowiedzi przystępujący złożył:

- a) oświadczenie firmy J. B. z *Badania Gruntów i Nawierzchni* z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym podmiot udostępniający zasoby wskazał m.in. „*Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu w zakresie Pomiar równości podłużnej nawierzchni metodą profilometryczną (wskaźnik IRI) lub metodą pomiaru ciągłego równoważną przy użyciu łąty i klina np. z wykorzystaniem planografu Ocena właściwości przeciwpoślizgowych*”,
- b) zobowiązanie firmy J. B. *Badania Gruntów i Nawierzchni* do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności zawodowej i do tego, że „*zrealizuję usługi, których wskazane zdolności dotyczą w następującym zakresie: Użyczenia urządzeń*”

1. *Profilograf laserowy do badania równości podłużnej nawierzchni IRI.*
2. *Przyczepkę dynamometryczną SRT do badania współczynnika tarcia nawierzchni drogowej.*”

Pismem z dnia 13.03.2023 r. zamawiający wezwał przystępującego, na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień w zakresie tego, że w oświadczeniu z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp podmiot udostępniający zasoby wskazał na udostępnienie zdolności zawodowej, podczas gdy w oświadczeniu dołączonym do wykazu sprzętu wskazał na użyczenie profilografu laserowego i przyczepki dynamometrycznej SRT. Ponadto zamawiający zauważył, że w złożonym wcześniej wykazie usług przystępujący wskazał jako własne doświadczenie w zakresie pomiaru równości podłużnej nawierzchni metodą profilometryczną (wskaźnik IRI) lub metodą pomiaru ciągłego równoważną przy użyciu łąty i klina np. z wykorzystaniem planografu oraz oceny właściwości przeciwpoślizgowych.

W odpowiedzi przystępujący wyjaśnił, że „*podmiot J. B.z Badania Gruntów używa jedynie swoje urządzenia (zdolności techniczne) wykonawcy GreenLab Polska G. S.:*

- *Profilograf laserowy do badania równości podłużnej nawierzchni IRI*
- *Przyczepkę dynamometryczną SRT do badania współczynnika tarcia nawierzchni drogowej,*

zgodnie z treścią Oświadczenia o użyczeniu urządzeń z dnia 03.03.2023r.

Wykonawca GreenLab Polska G. S. nie opiera swojej oferty na udostępnieniu przez podmiot J. B.z Badania Gruntów i Nawierzchni zdolności zawodowych (wiedza i doświadczenie).

Ponieważ w ramach załącznika nr 1 (OŚWIADCZENIE o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy pzp) dotyczącego podmiotu J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni omyłkowo w pkt. 5) wskazano, iż owy podmiot spełnia warunki zdolności zawodowej sprzęt, zamiast wskazania zdolności technicznej opisanej we wskazanym rozdziale Rozdziale III SWZ punkt 2 WYKAZ SPRZĘTU w zakresie dysponowania:

- minimum 1 profilograf laserowy;*
- minimum 1 aparat SRT do badania szorstkości nawierzchni,*

Wykonawca GreenLab Polska G. S. przedkłada skorygowany załącznik nr 1. (...)

Ponadto w uzupełnieniu do przekazanych wyjaśnień GreenLab Polska G. S. informuje, że w odpowiedzi na pismo Zamawiającego nr ref. WZA.3320.5.2023 z dnia 09.03.2023r. nastąpiło omyłkowe wskazanie, w załączniku nr 2 (ZOBOWIĄZANIE DO UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW), jakoby podmiot J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni udostępniał zasoby (sprzęt) Wykonawcy GreenLab Polska G. S. w zakresie zdolności zawodowych. Ponieważ chodziło o zdolności techniczne, Wykonawca niniejszym pismem przekazuje skorygowany załącznik nr 2 dotyczący ZOBOWIĄZANIA DO

UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW przez podmiot J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni.”

Przystępujący ponadto dołączył:

- a) poprawione oświadczenie firmy J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym podmiot udostępniający zasoby oświadczył, że spełnia „warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej opisane we wskazanym Rozdziale III SWZ punkt 2 WYKAZ SPRZĘTU w zakresie dysponowania:
- minimum 1 profilograf laserowy;
 - minimum 1 aparat SRT do badania szorstkości nawierzchni”
- b) poprawione zobowiązanie firmy J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni do udostępnienia zasobów w zakresie zdolności technicznej i do tego, że „zrealizuję usługi, których wskazane zdolności dotyczą w następującym zakresie: Użyczenia urządzeń
1. Profilograf laserowy do badania równości podłużnej nawierzchni IRI.
 2. Przyczepkę dynamometryczną SRT do badania współczynnika tarcia nawierzchni drogowej.”

Pismem z dnia 20.03.2023 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty przystępującego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 266 ustawy Pzp, do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej.

Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od

dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zgodnie z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp:

1. Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

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

Zgodnie z art. 123 ustawy Pzp, wykonawca nie może, po upływie terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, powoływać się na zdolności lub sytuację podmiotów udostępniających zasoby, jeżeli na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert nie polegał on w danym zakresie na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby.

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Zgodnie z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b i c ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) 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.

W niniejszej sprawie w pierwszej kolejności należy odnieść się do stanowiska zamawiającego i przystępującego, zgodnie z którym wymóg dysponowania odpowiednim sprzętem, w tym minimum jednym profilografem laserowym i minimum jednym aparatem SRT do badania szorstkości nawierzchni, nie był warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu. Izba nie zgodziła się z ww. stanowiskiem, gdyż mimo umieszczenia ww.

wymogu w rozdziale III specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”) pn. Opis przedmiotu zamówienia, wszelkie pozostałe czynności zamawiającego świadczyły o traktowaniu tego wymogu jako warunku udziału w postępowaniu. Przede wszystkim:

- 1) w pkt 2 rozdziału III SWZ opis tegoż warunku zaczynał się od słów: *„W celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej Wykonawcy Zamawiający uzna, iż Wykonawca spełni wymagania, jeżeli wykaze, że dysponuje odpowiednimi narzędziami, wyposażeniem laboratorium lub urządzeniami technicznymi dostępnymi Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami tj.: (...)”*
- 2) w sprawie o sygn. akt KIO 441/23 pismem z dnia 24.02.2023 r. zamawiający uwzględnił odwołanie, wskazując w pkt 2, że: *„wezwie wykonawcę GreenLab Polska G. S. na mocy art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych – wykazu narzędzi (...)”*, co oznacza, że uznał za słuszne zarzuty podniesione w tym odwołaniu, w których kwestionowano brak wezwania przystępującego w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych w zakresie dotyczącym dysponowania wymaganym sprzętem, w tym minimum jednym profilografem laserowym i minimum jednym aparatem SRT do badania szorstkości nawierzchni,
- 3) w wyniku uwzględnienia ww. odwołania w sprawie KIO 441/23 zamawiający unieważnił czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty przystępującego i przystąpił do badania spełniania przez niego ww. warunku w zakresie dysponowania wymaganym sprzętem,
- 4) w piśmie z dnia 02.03.2023 r. zamawiający powołując się na art. 274 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia *„podmiotowych środków dowodowych, tj.: 1. W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej opisanych w SWZ, rozdział III Opis przedmiotu zamówienia pkt 2, zamawiający żąda wykazania, że wykonawca dysponuje odpowiednimi narzędziami, wyposażeniem laboratorium lub urządzeniami technicznymi dostępnymi wykonawcy w celu wykazania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (...)”*.
- 5) w piśmie z dnia 09.03.2023 r. zamawiający powołując się na art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, m.in. przytoczył treść wezwania z 02.03.2023 r. i wezwał przystępującego do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dla podmiotu udostępniającego zasoby, tj. J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni, przy czym zamawiający dodatkowo powołał się na pkt 15 ppkt 1.1. i ppkt 1.3. SWZ, które dotyczą podmiotowych środków dowodowych, w tym składanych dla podmiotów udostępniających zasoby,
- 6) w piśmie z dnia 13.03.2023 r. zamawiający powołując się na art. 128 ust. 4 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wyjaśnień *„dotyczących treści oświadczenia,*

o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp lub złożonych podmiotowych środków dowodowych”, a z uzasadnienia tego wezwania wynika, że powodem jego skierowania do przystępującego były rozbieżności w dokumentach składanych przez przystępującego dotyczące udzielenia mu zasobów w zakresie zdolności zawodowej i technicznej.

We wszystkich wyżej wskazanych dokumentach zamawiający wielokrotnie nazywał wykaz narzędzi podmiotowym środkiem dowodowym i powoływał się w ww. wezwaniach na art. 274 ust. 1, art. 128 ust. 1 i art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, które to przepisy również dotyczą podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie zaś z art. 7 pkt 17 ustawy Pzp przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. W stanie faktycznym niniejszej sprawy oznacza to, że ww. pisma były kierowane do przystępującego w celu potwierdzenia przez niego spełniania warunku udziału w postępowaniu, bo przecież wykaz sprzętu nie może służyć do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia czy spełnienia kryteriów selekcji, których w tym postępowaniu w ogóle nie było. Ponadto zamawiający wprost wskazywał w pkt 2 rozdziału III SWZ oraz w wezwaniu z dnia 02.03.2023 r. na warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej w zakresie dysponowania odpowiednim sprzętem, a także żądał w celu potwierdzenia tego dysponowania m.in. oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, które także służy wstępnemu potwierdzeniu, że wykonawca m.in. spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wszystkie zatem wskazane wyżej czynności zamawiającego (pkt 1-6) jednoznacznie zmierzały do ustalenia, czy przystępujący (w przypadku SWZ – każdy wykonawca) spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania wymaganym sprzętem. Czynności te dowodzą zatem, że wymóg dysponowania sprzętem był w niniejszym postępowaniu warunkiem udziału w postępowaniu.

Powyższego nie zmienia fakt, że zamawiający nie zamieścił ww. warunku w ogłoszeniu o zamówieniu. Zaniechanie zamawiającego w tym zakresie może co najwyżej świadczyć o naruszeniu przez niego przepisów dotyczących treści ogłoszenia, natomiast w świetle wyżej wskazanych okoliczności, w tym zwłaszcza jednoznacznej treści pkt 2 w rozdziale III SWZ, nie może dowodzić braku obowiązku wykazania przez wykonawców, że spełniają warunek udziału w postępowaniu polegający na dysponowaniu wymaganym sprzętem. Przy czym, wbrew stanowisku zamawiającego wyrażonemu na rozprawie, wykonawcy mają obowiązek zapoznać się nie tylko z treścią ogłoszenia o zamówieniu, ale także z dokumentami zamówienia, w tym z treścią SWZ.

Również fakt, że wymóg dysponowania wymaganym sprzętem był zamieszczony w rozdziale SWZ zatytułowanym „Opis przedmiotu zamówienia”, nie może dowodzić, że zamawiający nie traktował go jak warunek udziału w postępowaniu, gdyż:

- po pierwsze, przeczą temu wskazane wyżej czynności zamawiającego, w tym jednoznaczna treść pkt 2 w rozdziale III SWZ odnosząca się do warunku udziału w postępowaniu („*W celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej...*”) i równie jednoznaczna treść wezwania z dnia 02.03.2023 r. („*W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej opisanych w SWZ, rozdział III Opis przedmiotu zamówienia pkt 2 ...*”),
- po drugie, takiemu stanowisku zamawiającego stoi na przeszkodzie zasada ustalania wymagań zamawiającego z uwzględnieniem całej treści SWZ w zakresie danego tematu (w tym wypadku – warunków udziału w postępowaniu), a nie tylko jej wybranych fragmentów. Skoro w pkt 2 rozdziału III SWZ zamawiający wyraźnie napisał, jakim sprzętem muszą dysponować wykonawcy „*w celu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej*”, to nie można obecnie twierdzić, że wymóg ten - niezależnie od tego, w którym miejscu SWZ został zamieszczony - służył czemukolwiek innemu niż właśnie dokonaniu oceny spełniania minimalnego warunku w zakresie zdolności technicznej, czyli spełnienia warunku udziału w postępowaniu polegającego na dysponowaniu odpowiednim sprzętem.

W tym miejscu należy przypomnieć i podkreślić, że zamawiający nie może „zmieniać reguł w trakcie gry” i po upływie terminu składania ofert dokonywać interpretacji postanowień SWZ w sposób inny, niż wynika to z ich treści. Przy czym w niniejszej sprawie zmiana stanowiska zamawiającego co do rozumienia pkt 2 rozdziału III SWZ nastąpiła nie tylko po upływie terminu składania ofert, ale nawet po dokonaniu przezeń szeregu czynności, w tym uwzględnieniu poprzedniego odwołania i wezwaniu przystępującego trzykrotnie do złożenia i wyjaśnienia dokumentów służących potwierdzeniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem dopiero w obecnym postępowaniu odwoławczym zamawiający stwierdził, że wymóg dysponowania wymaganym sprzętem nie był przez niego traktowany jako warunek udziału w postępowaniu, co wobec wyżej wskazanych już czynności zamawiającego podejmowanych w postępowaniu, Izba poczytuje za przyjętą strategię procesową. Niemniej jednak należy podkreślić, że taka zmiana w interpretacji postanowienia SWZ po upływie terminu składania ofert prowadzi do naruszenia nie tylko art. 137 ust. 1 ustawy Pzp, ale też zasad, o których mowa w art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Już tylko na marginesie należy dodać, że również sam przystępujący uznawał wymóg dysponowania odpowiednim sprzętem za warunek udziału w postępowaniu, o czym świadczy fakt, że nie przystąpił po stronie zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie KIO 441/23 i nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania w tamtej sprawie. Tym samym przystępujący zgodził się ze stanowiskiem

zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 24.02.2023 r. uwzględniającym ww. odwołanie, czyli zgodził się, podobnie jak zamawiający, że zasadne jest wezwanie go w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wykazu sprzętu w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej. Przystępujący nie kwestionował też żadnego z ww. trzech wezwań kierowanych do niego przez zamawiającego, co (abstrahując od treści art. 528 pkt 5 ustawy Pzp) również oznacza, że zgadzał się z obowiązkiem wykazania spełnienia tego warunku. Dopiero w piśmie procesowym złożonym na rozprawie przystępujący twierdzi, że ww. warunek nie obowiązywał, co Izba poczytuje za przyjętą taktykę procesową, o czym świadczy nie tylko brak uprzedniego kwestionowania czynności zamawiającego, ale także wewnętrzna sprzeczność treści tego pisma, w którym przystępujący wielokrotnie opisuje ww. wymóg jako „warunek zdolności technicznej”.

Skoro zatem Izba ustaliła, że w niniejszym postępowaniu wykonawcy zobowiązani byli wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim sprzętem, w tym minimum jednym profilografem laserowym i minimum jednym aparatem SRT do badania szorstkości nawierzchni, należy przejść do kwestii tego, czy przystępujący wykazał spełnienie ww. warunku.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie z dnia 02.03.2023 r. złożył wykaz narzędzi, w którym wskazał, że dysponuje ww. dwoma urządzeniami dzięki udostępnieniu zasobów przez podmiot – J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni i dołączył oświadczenie tego podmiotu z dnia 03.03.2023 r. Pomijając w tym miejscu wszystkie inne błędy, jakimi dotknięte były oświadczenia i dokumenty składane kolejno przez przystępującego w celu wykazania spełnienia ww. warunku, przede wszystkim należy zauważyć, że termin składania ofert upłynął w dniu 23.01.2023 r., a składając w tym dniu ofertę przystępujący oświadczył, że będzie polegał na zasobach dwóch innych podmiotów, które mu je udostępnią w zakresie zdolności zawodowej (doświadczenie), nie zaś technicznej (sprzęt). Tymczasem zgodnie z cytowanymi wyżej przepisami, tj. art. 125 ust. 3 i art. 123 ustawy Pzp, wykonawca składa oświadczenie z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp potwierdzające, że spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert i nie może powoływać się na zasoby udostępniane przez inne podmioty, jeżeli w danym zakresie nie polegał na ich zdolnościach w chwili składania ofert. Innymi słowy: wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu już w dniu składania ofert (zupełnie inną kwestią jest to, że dokumenty to potwierdzające muszą być aktualne również w późniejszym terminie), a ponadto - jeżeli składając ofertę wykonawca nie wskazał na to, że w danym zakresie będzie korzystał z zasobów udostępnionych przez inny podmiot, to nie może następnie w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie powołać się na korzystanie z zasobów takich podmiotów.

Jak wskazano wyżej, przystępujący składając ofertę nie powołał się na zasoby innych

podmiotów w zakresie zdolności technicznej, tj. w zakresie dysponowania wymaganym sprzętem. Tym samym po upływie terminu składania ofert niedopuszczalne jest uznanie, że wykazał on spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu dzięki korzystaniu z zasobów podmiotu – J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni (czy jakiegokolwiek innego). Oznacza to, że zamawiający niezasadnie przyjął, że przystępujący spełnił ww. warunek i w tych okolicznościach niezasadnie wybrał jego ofertę jako najkorzystniejszą.

Jednocześnie nie można zapominać, że przed odrzuceniem oferty z powodu niewykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, tj. wezwać wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Zgodnie z jednolitą linią orzeczniczą wezwanie takie może być skierowane do wykonawcy tylko jeden raz w danym zakresie, tj. w zakresie danego dokumentu, czy danej kwestii. W przedmiotowej sprawie przystępujący był już jeden raz wzywany na podstawie ww. przepisu w zakresie dotyczącym warunku dysponowania wymaganym sprzętem, ale wezwanie to (z 09.03.2023 r.) odnosiło się do złożenia oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dla podmiotu udostępniającego zasoby, tj. J. B. Badania Gruntów i Nawierzchni. Pomijając to, że ww. wezwanie było bezpodstawne, bo jak wskazano już wyżej przystępujący nie może na obecnym etapie postępowania powoływać się na zasoby innych podmiotów w zakresie dysponowania sprzętem (art. 123 ustawy Pzp), należy zauważyć, że nie był on dotąd wzywany w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających, że spełnia warunek dysponowania profilografem laserowym i aparatem SRT do badania szorstkości nawierzchni, samodzielnie. Przy czym istotne jest, że zgodnie z cytowanym wyżej art. 125 ust. 3 ustawy Pzp warunek musi być spełniony na dzień składania ofert.

Niezależnie zatem od mogących się pojawić wątpliwości, czy przystępujący będzie w stanie wykazać, że w dniu składania ofert spełniał ww. warunek samodzielnie, skoro dotychczas powoływał się w tym zakresie (bezpodstawnie, bo zbyt późno) na zasoby innego podmiotu, należy stwierdzić, że w świetle obowiązujących przepisów formalnie zamawiający zobowiązany jest zastosować art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w zakresie, w jakim nie był on dotąd stosowany. Tym samym zamawiający zobowiązany jest wezwać przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący dysponowania minimum 1 profilografem laserowym i minimum 1 aparatem SRT do badania szorstkości nawierzchni. Jeżeli w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złoży oświadczenia lub dokumenty, zamawiający będzie zobowiązany dokonać ich oceny zgodnie z obowiązującymi przepisami (m.in. art. 125 ust. 3 ustawy Pzp i art. 128 ust. 4 ustawy Pzp - w razie pojawienia się wątpliwości co do treści tych dokumentów w świetle okoliczności niniejszej sprawy) i w zależności od wyniku tej oceny -

podjąć decyzję o odrzuceniu lub nieodrzuceniu oferty przystępującego.

Odnosząc się do podniesionej przez odwołującego na rozprawie kwestii wprowadzenia zamawiającego w błąd, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu. Niniejsze odwołanie nie zawierało takiego zarzutu, dlatego też Izba nie może go rozpoznać.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie i w pismach procesowych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b), rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący