

WYROK
z dnia 17 marca 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Karpińska Aldona

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 marca 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Lwówku Śląskim i J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PBW INŻYNIERIA J. G.** w postępowaniu prowadzonym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie** reprezentowanym przez **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski we Wrocławiu** przy udziale wykonawcy **Poleko Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Lwówku Śląskim i J. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PBW INŻYNIERIA J. G.** oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawców.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Poleko Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy)**, uiszczoną przez odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Lwówku Śląskim i J. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **PBW INŻYNIERIA J. G.** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od wykonawcy **Poleko Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Lwówku Śląskim i J. G.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **PBW INŻYNIERIA J. G.** kwotę **23 617 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset siedemnaście złotych zero groszy)**, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. 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 – PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie, reprezentowany przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski we Wrocławiu - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na realizację zadania pn.: *„Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn. „Wzmocnienie nasypu na linii nr 278 Węgliniec - Zgorzelec na szlaku Węgliniec - Pieńsk w km. 7,300 - 8,655” realizowanego w ramach projektu „Elektryfikacja linii kolejowej nr 274, 278 na odcinku Węgliniec - Zgorzelec”.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 września 2020 r. pod numerem 2020/S 190-459748.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 lutego 2021 roku, to zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą nPzp”).

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DROMOSTTOR POLSKA Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Lwówku Śląskim i J. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PBW INŻYNIERIA J. G. (zwani dalej łącznie: „odwołującym”) wnieśli w dniu 15 lutego 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz dokonanie odrzucenia oferty odwołującego jako niezgodnej z ustawą, podczas gdy oferta odwołującego została złożona zgodnie z wymaganiami ustawy Pzp;
2. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie oraz uznanie, iż przepis ten nie pozwala na dokonanie zmiany po terminie złożenia oferty podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, gdy z treści oferty nie wynika zamiar zaangażowania tego innego podmiotu trzeciego, co w konsekwencji stanowi zmianę treści oferty;
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez ich błędne zastosowanie oraz uznanie, iż dopuszczona w świetle przepisów ustawy Pzp zmiana podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci dokonana przez odwołującego stanowi niedopuszczalną w świetle przepisów ustawy Pzp zmianę oferty, co w konsekwencji stanowi o złamaniu zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego z postępowania;
2. dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Ponadto, odwołujący wnosił o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazywał, że w związku z faktem, iż jego oferta została oceniona najwyżej, to zamawiający wezwał go na podstawie art. 24aa ust. 1 i art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia 12.01.2021 r. złożył wymagane dokumenty, w tym dokonał zmiany podmiotu trzeciego wskazanego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.2 IDW. Następnie pismem z dnia 21.01.2021 r. zamawiający wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów. W odpowiedzi na to wezwanie, pismem z dnia 28.01.2021r., odwołujący uzupełnił brakujące dokumenty, w tym dokonał zmiany podmiotu trzeciego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.1 IDW.

W dniu 3.02.2021 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty

zamawiający podał, iż oparł w głównej mierze swoją decyzję na podstawie orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej o sygn. akt KIO 2083/18 z dnia 23.10.2018 r. wskazując, iż wprowadzenie przez wykonawcę po otwarciu ofert nowych podmiotów trzecich nieznanymi w momencie składania oferty w zamian za podmioty trzecie na zasobach, których odwołujący się opierał, jest niezgodne z dyspozycją art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Innymi słowy, zamawiający uznał, że skoro odwołujący wskazał, iż na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 8.6.1 oraz w pkt 8.6.2 IDW, będzie korzystał z zasobów podmiotów trzecich, to wymiana tych podmiotów w trakcie weryfikacji tych zasobów w oparciu o art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jest niedopuszczalna, gdyż zastąpienie podmiotów trzecich niespełniających warunków udziału w postępowaniu lub podlegających wykluczeniu może zostać dokonana, ale pod warunkiem, zastąpienia ich „są samymi sobą” i wykazania spełnienia warunków za pomocą własnych zasobów.

W ocenie odwołującego stanowisko zamawiającego jest błędne. Odwołujący podniósł, iż z samej treści art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wynika, że wykonawca po terminie składania ofert jest uprawniony do dokonania zmiany podmiotu trzeciego, na zasoby którego powoływał się w treści oferty, na inny podmiot trzeci. Odwołujący podkreślił, że od samego początku powoływał się w celu wykazania spełnienia warunku udziału określonego w pkt 8.6.1 oraz w pkt 8.6.2 IDW na podmioty trzecie, tym samym w świetle obowiązujących przepisów prawa, dopuszczalne było dokonanie ich zastąpienia. Odwołujący powołał się przy tym na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 marca 2019 roku, w której wskazano, iż *„zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem (podmiotami) nie stanowi zmiany sposobu wykonania zamówienia, jeżeli wykonawca już w ofercie deklarował, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego. W takim przypadku dochodzi do zmiany personalnej podmiotu trzeciego, która nie może być traktowana jako istotna i znaczna zmiana pierwotnej oferty, czy też przedstawienie przez wykonawcę nowej oferty. Uwzględniając powyższe, przyjęć należy, iż w świetle art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE, dopuszczalna jest również zmiana podmiotu trzeciego na inny podmiot (podmioty), o ile na taki sposób wykazywania warunków udziału w postępowaniu wykonawca się już pierwotnie w ofercie (...)”*.

Dodatkowo, odwołujący zauważył, że przyjmując stanowisko zamawiającego, zgodnie z którym wymiana doświadczenia podmiotu trzeciego mogłaby nastąpić tylko na zasób własny wykonawcy, to nasuwa się pytanie po co wykonawca miałby wskazywać podmiot trzeci na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skoro sam dysponowałby wymaganym doświadczeniem na spełnienie warunków określonych w IDW? Przyjęcie takiego stanowiska doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawcy pozbawieni zostaliby możliwości uzupełnienia dokumentów czy to w trybie art. 26 ust. 3, czy w trybie art.

22a ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł także, iż aktualna linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej w sposób jednoznaczny wskazuje, iż wykonawcy jak najbardziej są uprawnieni do dokonania zmiany podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie na inny podmiot trzeci w trakcie prowadzenia przez zamawiających czynności badania i oceny ofert. Przykładowo odwołujący wskazał na następujące wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z 9.11.2020 r., sygn. akt: KIO 2726/20; z 1.10.2020 r., sygn. akt: 2231/20; z 21.09.2020 r., sygn. akt. KIO 1961/20.

Następnie odwołujący stwierdził, że w innych postępowaniach realizowanych przez tego zamawiającego dokonywał zmian podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, co nie budziło ze strony zamawiającego żadnych zastrzeżeń. Także w innych postępowaniach organizowanych przez tego samego zamawiającego inni wykonawcy podejmowali takie działania oraz zastępowali podmioty trzecie innymi podmiotami trzecimi po złożeniu oferty, czy to na wezwanie zamawiającego, czy też samodzielnie. Takie działania dotychczas nie budziły ze strony tego zamawiającego zastrzeżeń.

Wobec powyższego, decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego, jest dla niego niezrozumiała. Odwołujący podniósł, iż zamawiający oparł się w swojej decyzji na orzeczeniu KIO, które jest odosobnionym stanowiskiem od ogólnej linii orzeczniczej oraz stanowiska prezentowanego przez Urząd Zamówień Publicznych.

Dodatkowo, odwołujący podkreślił, że o realności udostępnienia zasobów podmiotów trzecich zarówno tych wskazanych w treści oferty, jak również nowych podmiotów trzecich, świadczą choćby zobowiązania tych podmiotów, z których wynika zakres oraz forma i czas udostępnienia tych zasobów. Gdyby zaś zamawiający miał wątpliwości co do realności udostępnienia tych zasobów, to w pierwszej kolejności winien dokonać wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, czego dotychczas nie uczynił.

Odwołujący stwierdził ponadto, że w ocenie zamawiającego, nowe podmioty trzecie nie były znane zamawiającemu (z nazwy) w dniu składania oferty, co miałyby świadczyć o tym, iż zobowiązania zostały udzielone po dniu składania ofert, co też dyskwalifikuje te podmioty oraz ofertę odwołującego, gdyż doszło do istotnej zmiany treści oferty. Odwołujący wskazał, że stanowisko to jest nieracjonalne, gdyż oznaczałoby to, że przed terminem składania ofert wykonawca musiałby posiadać kilka „rezerwowych” podmiotów na wypadek gdyby okazało się, iż podmioty wskazane w treści oferty nie spełniają warunków określonych w IDW. Odwołujący podkreślił także, iż zamawiający w treści uzasadnienia odrzucenia oferty stawia wzajemnie wykluczające się stwierdzenia. Z jednej strony bowiem wskazuje, iż brak jest możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, z drugiej zaś strony stawia tezę, iż zastąpienie tych podmiotów zostało dokonane wadliwie, gdyż z dat

wskazanych na zobowiązaniach wynika, iż podmioty te oddały swoje zasoby po terminie składania ofert. Z tych wzajemnie wykluczających się twierdzeń zamawiającego wynika, iż w sposób błędny dokonał on oceny całokształtu sprawy w kontekście obowiązujących przepisów prawa. Według odwołującego, ocena ta jest całkowicie błędna, a czynność odrzucenia oferty odwołującego została podjęta przez zamawiającego całkowicie bezzasadnie.

Odwołujący reasumując stwierdził, że biorąc powyższe pod uwagę, odwołanie jest konieczne i w pełni uzasadnione.

Zamawiający w dniu 16 lutego 2021 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 18 lutego 2021 roku wykonawca Poleko Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba uznała, że wykonawca zgłaszający przystąpienie dokonał tego w sposób skuteczny, zgodny z dyspozycją art. 525 nPzp.

W dniu 16 marca 2021 roku zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej oświadczenie o uwzględnieniu odwołania w całości.

W dniu 17 marca 2021 roku wykonawca Poleko Budownictwo Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania.

Wobec wniesienia sprzeciwu przez wykonawcę, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, co do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów odwołania w całości, Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

W trakcie posiedzenia i rozprawy w dniu 17 marca 2021 roku strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 17 marca 2021 roku na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy nPzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”), protokołu postępowania, informacji z otwarcia ofert, oferty odwołującego, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z odwołującym oraz z zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego.

Skład orzekający Izby wziął także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 17 marca 2021 roku.

Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia zgodnie z pkt 2.1. Tom I SIWZ *Instrukcja dla Wykonawców* (IDW) jest zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych w ramach zadania pn.: „Wzmocnienie nasypu na linii nr 278 Węgliniec – Zgorzelec na szlaku Węgliniec – Pieńsk w km 7,300 – 8,655” realizowanego w ramach projektu „Elektryfikacja linii kolejowych nr 274, 278 na odcinku Węgliniec – Zgorzelec.”

W pkt 8.3. IDW zamawiający określił, iż: *„Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego Zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych”*

W pkt 8.3.1. IDW zamawiający wskazał: *„Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując Zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji Zamówienia.”*

W dniu 3 lutego 2021 roku zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że w toku złożonych ofert odwołujący przedstawił następujące zobowiązania podmiotów trzecich:

- PROBUDOWA A. D. – udostępnienie narzędzi wymienionych w pkt 8.6.2. IDW
- TORHAMER M. C. – udostępnienie doświadczenia wymienionego w pkt 8.6.1. IDW.

Na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu odwołujący dokonał samodzielnej wymiany podmiotu PROBUDOWA A. D. na Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” Sp. o.o. Do wykazu dokumentów dołączył zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia udostępniające narzędzia wymienione w pkt 8.6.2. IDW.

Z kolei na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień odwołujący ponownie dokonał zmiany podmiotów trzecich, tj. podmiot TORHAMER M. C. został zamieniony na trzy podmioty: Dolnośląskie Przedsiębiorstwo Napraw Infrastruktury Komunikacyjnej „DOLKOM” Sp. o.o.; ZUE S.A.; Geoprofit J. Ć. . Do wykazu dokumentów odwołujący dołączył zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia udostępniające doświadczenie wymienione w pkt 8.6.1. IDW.

W dalszej części uzasadnienia faktycznego i prawnego swojej decyzji zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.10.2018 r., sygn. akt: KIO 2083/18, w którym Izba stwierdziła, że wprowadzenie przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stanowi o naruszeniu naczelnej zasady – zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał, że dokonując prounijnej wykładni art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, Izba w wyroku tym stwierdziła, iż przepis ten nie daje prawa do zastąpienia przez wykonawcę, w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, jednego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, w sytuacji, gdy z pierwotnej oferty wykonawcy nie wynikał zamiar zaangażowania tego drugiego podmiotu.

Zamawiający podkreślił, iż złożenie oświadczenia o zastąpieniu podmiotu trzeciego po upływie terminu składania ofert zostało poddane przez zamawiającego ocenie zgodnie z kryterium realności udostępnienia, przy czym zamawiający stwierdził, że w dacie złożenia oferty wykonawca w sposób rzeczywisty dysponował zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Natomiast fakt samodzielnego zastąpienia podmiotu trzeciego na inny podmiot z datą zobowiązania po terminie otwarcia ofert, nasuwa pytanie, czy wykonawca zasobami tymi w dacie składania oferty dysponował. Zamawiający podniósł także, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej ustalili się poglądy, iż zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem, jeśli podmiot ten udostępniając zasoby zobowiązał się do udziału w realizacji

zamówienia, stanowi zmianę treści oferty co do sposobu wykonania zamówienia i jako takie jest niedopuszczalne.

Zamawiający podał, że wobec powyższego, niedopuszczalnym było zastąpienie przez wykonawcę podmiotów trzecich wskazanych w ofercie innymi podmiotami trzecimi. Zamawiający podkreślił przy tym, że odwołujący w złożonej przez siebie ofercie nie wskazał, iż w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu polegać będzie na zasobach podmiotów: DOLKOM, ZUE S.A., Geoprofit J. Ć. . Z oferty wynikało, że wykonawca zamierza polegać na zasobach podmiotów: PROBUDOWA A. D. oraz TORHAMER M. C.. Jednocześnie na fakt skorzystania z zasobów TORHAMER M. C. wskazywały dokumenty złożone przez odwołującego w dniu 12.01.2021 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ponadto, zamawiający podał, że powziął informacje dotyczące polegania na zasobach innych podmiotów trzecich dopiero po zapoznaniu się z pismami odwołującego z dnia 12.01.2021 r. oraz 28.01.2021 r., w których dokonał on samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego, powołując się – w ocenie zamawiającego bezzasadnie – na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Następnie zamawiający powołał się także na wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 9.09.2019 r., sygn. akt: V Ga 151/19, w którym Sąd ten w ślad za poglądem wyrażonym we wskazanym powyżej wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23.10.2018 r., stanął na stanowisku, że wprowadzenie przez wykonawcę, po otwarciu ofert, nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stanowi o naruszeniu naczelnej zasady, jaką powinien kierować się zamawiający, tj. zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Zamawiający w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego podkreślił także, że w konsekwencji wyroku TSUE z 4.05.2017 roku w sprawie C-387/14 (*Esaprojekt Sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie*) uprawnienie, o którym mowa w art. 22a ustawy Pzp, jest ograniczone pewnymi warunkami (wskazanymi w art. 22a ust. 2–4 ustawy Pzp), jak i w czasie, tj. w chwili składania ofert i jeżeli wykonawca nie uczyni tego w tym momencie, uprawnienie to wygasa, z uwagi na zakaz zmiany oferty. Powyższy wyrok TSUE, w ocenie zamawiającego, potwierdza konieczność dokonywania wąskiej interpretacji przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, z uwzględnieniem zawartego w art. 63 ust. 1 zd. 4 Dyrektywy 2014/24/UE ograniczenia możliwości zastąpienia negatywnie zweryfikowanego podmiotu trzeciego jedynie przez wykonawcę, a nie również przez podmiot trzeci lub podmioty trzecie. Dopuszczenie na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego innym lub innymi podmiotami stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców, gdyż różnicuje sytuację wykonawców, którzy składają

ofertę polegają na własnych zasobach od wykonawców, którzy korzystają ze zdolności innych podmiotów.

Zamawiający, reasumując swoje stanowisko w kwestii uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego, stwierdził, że w obecnym stanie prawnym wykonawca nie może zastąpić zasobów podmiotu trzeciego niespełniających warunków zasobami kolejnego podmiotu trzeciego. Jest jedynie uprawniony do zastąpienia zasobów podmiotu trzeciego własnymi zasobami. Jednocześnie zamawiający zwrócił uwagę na zasadę równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości, zarówno na gruncie polskiej ustawy Pzp, jak i przepisów unijnych.

Od powyższej decyzji odwołujący wniósł odwołanie w dniu 15 lutego 2021 roku.

Izba zważyła co następuje.

Odwołanie należało uwzględnić.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Kwestią sporną była ocena prawna czy wykonawca jest uprawniony do zastąpienia podmiotów trzecich wskazanych w ofercie innymi podmiotami trzecimi po upływie terminu składania ofert, którzy nie zostali wskazani w ofercie, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Jak Izba wskazała na wstępie uzasadnienia niniejszego wyroku, do przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zwanej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (zwanej: „ustawą nPzp”).

Stosownie do art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z ustawą.

Z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą

wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Z kolei przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Powołany powyżej przepis art. 22a ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp bezpośrednio wskazuje na możliwość zastąpienia przez wykonawcę podmiotu trzeciego, wskazanego w ofercie, innym podmiotem lub podmiotami w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, już po upływie terminu składania ofert, tj. w toku ich badania i oceny przez zamawiającego. Tym samym, przepis ten daje możliwość zmiany podmiotu trzeciego, zgłoszonego na etapie składania oferty w trakcie prowadzonej przez zamawiającego procedury weryfikującej posiadanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej.

Izba w składzie orzekającym w pełni podziela stanowisko wyrażone w interpretacji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 20 marca 2019 r., wydanej na wniosek Centrum Unijnych Projektów Transportowych, a powoływanej przez odwołującego, iż: *„nie sposób odmówić wykonawcy prawa do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, które miałyby być z jego pomocą spełnione lub zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia. Zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem (podmiotami) nie stanowi zmiany sposobu wykonania zamówienia, jeżeli wykonawca już w ofercie deklarował, że będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego. W takim przypadku dochodzi do zmiany personalnej podmiotu trzeciego, która nie może być traktowana jako istotna i znaczna zmiana pierwotnej oferty, czy też przedstawienie przez wykonawcę nowej oferty. Uwzględniając powyższe, przyjęć należy, iż w świetle art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy 2014/24/UE, dopuszczalna jest również zmiana podmiotu trzeciego na inny podmiot (podmioty), o ile na taki sposób wykazywania warunków udziału w postępowaniu wykonawca powoływał się już w pierwotnie w ofercie (...).”*

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że odwołujący, który powoływał się w złożonej przez siebie ofercie na zasoby podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania

warunków udziału w postępowaniu, określonych w pkt 8.6.1. IDW oraz w pkt 8.6.2. IDW, a następnie już po upływie terminu składania ofert dokonał zmiany tych podmiotów na inne podmioty trzecie, nie wskazane w ofercie, działał zgodnie z przepisami prawa.

Z tych też względów, Izba uznała, że czynność zamawiającego, polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego w oparciu o wskazane w informacji z dnia 3 lutego 2021 r. okoliczności faktyczne i prawne była nieprawidłowa, a tym samym odwołanie podlega uwzględnieniu w całości.

Natomiast, odnosząc się do kwestii samodzielnej zmiany przez odwołującego podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie na inny podmiot nie wskazany w ofercie i bez uprzedniego wezwania przez zamawiającego w tym zakresie, Izba zauważa, że ta kwestia, choć akcentowana przez przystępującego, nie stanowiła podstawy odrzucenia oferty odwołującego, gdyż zamawiający negocjował samą możliwość zmiany podmiotów trzecich przez wykonawcę, o ile nie byli wymienieni w ofercie. Niemniej jednak, Izba w składzie orzekającym, podziela stanowisko wyrażone w dotychczas zapadłych wyrokach Izby, wskazujące na możliwość samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego bez uprzedniego wezwania zamawiającego (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 91/20).

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 2 pkt 2, § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) i d) oraz § 7 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z art. 557 ustawy nPzp w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

Stosownie zaś do treści art. 575 ustawy nPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Przepis § 2 ust. 2 pkt 2 ww. określa wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na roboty budowlane o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej te progi na kwotę 20.000,00 zł. Z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) i d) wynika, że do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis, a także uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych oraz inne uzasadnione wydatki. Zgodnie zaś z § 7 ust. 1 pkt 2 powołanego powyżej rozporządzenia w przypadku

uwzględnienia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw, który przystąpił po stronie zamawiającego, jeżeli uczestnik ten wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu; w takim przypadku Izba zasądza od uczestnika wnoszącego sprzeciw na rzecz odwołującego równowartość kwoty wpisu oraz koszty, o których mowa w § 5 pkt 2.

Działając na podstawie powyżej powołanych przepisów ustawy Pzp i rozporządzenia, Izba zasądziła od przystępującego na rzecz odwołującego kwotę 23.617,00 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu uiszczenia wpisu od odwołania (20.000,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3.600,00 zł) oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa (17,00 zł).

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: