

WYROK
z dnia 18 października 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jan Kuzawiński
Beata Konik
Luiza Łamejko

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2017 r. przez wykonawcę **Agfa Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa**,

orzeka

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wezwania Agfa Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa z dnia 21.09.2017 r. do uzupełnienia dokumentów i wezwanie Agfa Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa do uzupełnienia dokumentów na podstawie artykułu 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) z powołaniem się w treści wezwania na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579);
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa** i:
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Agfa Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,

- 2) zasądza od Zamawiającego **Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa** na rzecz Odwołującego - **Agfa Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa** kwotę w wysokości **18 075 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz kosztów reprezentacji przed Izłą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Międzyleski Szpital Specjalistyczny w Warszawie, ul. Bursztynowa 2, 04-749 Warszawa, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Zakup cyfrowego mammografu oraz przewoźnego cyfrowego aparatu RTG w podziale na dwa zadania”, znak sprawy D-30/N/17. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.07.2017 r. pod numerem 2017/S 138-282861.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2017 poz. 1579) – dalej jako „ustawa Pzp”, wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, dotyczących dostaw.

Odwołujący - Agfa Sp. z o.o., ul. Jutrzenki 137A, 02-231 Warszawa, wniósł odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu udostępniającego Odwołującemu zasoby bez wskazania na możliwość zastosowania art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wskazania w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 21.09.2017 r., że wezwanie obejmuje również dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, a w konsekwencji zaniechanie wskazania, że Zamawiający dopuszcza zastąpienie podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jak również - zaniechanie określenia terminu na dokonanie czynności określonej w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z 21.09.2017 r. i nakazanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów z potwierdzeniem, że wezwanie obejmuje również dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, przy czym - z uwagi na to, że Odwołujący złożył już dokumenty podlegające uzupełnieniu - dokonanie tej czynności przy uwzględnieniu zastosowania art. 26 ust. 6 Pzp ewentualnie nakazanie Zamawiającemu potwierdzenia, że wezwanie z dnia 21.09.2017 r. obejmowało również dyspozycję art. 22a

ust. 6 ustawy Pzp i uwzględnienia dokumentów złożonych w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia.

Uzasadnienie odwołania.

Odwołujący w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożył ofertę w Zadaniu II, powołując się pierwotnie na zdolności techniczne i zawodowe spółki fińskiej - Agfa Healthcare Finland Oy AB. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 8.09.2017 r., skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, Odwołujący w dniu 19.09.2017 r. przedłożył Zamawiającemu dokumenty dotyczące innej spółki - Agfa HealthCare NV Belgia - z jednoczesną informacją o konieczności zmiany powyższego podmiotu z Agfa Healthcare Finland Oy AB na Agfa HealthCare NV Belgia. Zamawiający w dniu 21.09.2017 r, wobec zaniechania wykazania przez Odwołującego w wykazie dostaw złożonym w dniu 19.09.2017 r. dostawy do HUS Kuvantaminen Helsingin Sairaala katu 1, FI 01400 Vantaa, Finlandia, która została wymieniona w JEDZ złożonym wraz z ofertą Odwołującego, jak również niezłożenia potwierdzenia należytego wykonania tej dostawy przez Agfa Healthcare Finland Oy AB (podmiot udostępniający zasoby wskazany w ofercie Odwołującego) - wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych, tj.: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ponadto Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu, wskazując, że wyżej wymienione dokumenty dotyczą podmiotu trzeciego, na zdolności którego polega wykonawca. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty dotyczące spółki na Agfa HealthCare NV Belgia.

Odwołujący podnosi, że w wezwaniu z dnia 21.09.2017 r. nie uwzględniono art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, przewidującego m.in. możliwość zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie - którego zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu,

innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. Odwołujący wskazuje, iż w jego opinii w sytuacji, gdy wykonawca w ofercie powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, które okażą się niewystarczające dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający ma obowiązek wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków określonych przez Zamawiającego odwołując się w wezwaniu do dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, tj. wskazać w wezwaniu na możliwość uzupełnienia niewadliwych dokumentów podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie albo uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu nowego podmiotu trzeciego albo zobowiązania się przez wykonawcę do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia przy jednoczesnym wykazaniu zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, wykazywanej pierwotnie poprzez powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego. Odwołujący powołuje się przy tym na opinię Urzędu Zamówień Publicznych pn. *„Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”*, w której wskazano, iż *„W sytuacji, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 ustawy Pzp, wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami lub dokumenty nie potwierdzają braku podstaw do wykluczenia, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy o uzupełnienie tych dokumentów, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych w treści takiego wezwania zamawiający - uwzględniając dotychczasowe orzecznictwo wskazujące na jednoznaczność treści wezwania do uzupełnienia dokumentów - winien powołać się na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, jeśli wezwanie dotyczy zgłoszonego podmiotu trzeciego lub potencjału, który ten podmiot udostępnia”*. Odwołujący wywodzi, że brak odwołania się w wezwaniu z dnia 21.09.2017 r. do dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowi naruszenie ustawy oraz bezpośrednio godzi w interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Podkreśla, że zgodnie z orzecznictwem wydanym już po nowelizacji ustawy Pzp z 28.07.2016 r. utrzymana została zasada jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, powołując się na wyrok KIO 1134/17 z dnia 20.06.2017 r. oraz wyrok KIO 821/17 z dnia 15.05.2017 r. W związku z tym wywodzi, że nieprawidłowa byłaby sytuacja, w której Zamawiający - w przypadku nieuzupełnienia dokumentów na wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (w tym przypadku – braku uzupełnienia dokumentów Agfa Healthcare Finland Oy AB) - ponownie wzywa do uzupełniania dokumentów - tym

razem na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp i dopiero wtedy możliwe jest złożenie przez wykonawcę dokumentów innego podmiotu. Odwołujący twierdzi, iż brak wskazania w wezwaniu z dnia 21.09.2017 r. na możliwość m.in. zmiany podmiotu trzeciego w stosunku do wskazanego w ofercie, znacznie ogranicza Odwołującemu możliwość uzupełnienia dokumentów podmiotowych, a w konsekwencji bezpodstawnie zwiększa ryzyko wykluczenia z postępowania, zaś jego oferta została oceniona najwyżej w Zadaniu II. Odwołujący podnosi, że w rezultacie całkowitego braku odniesienia w wezwaniu do art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie mógł samodzielnie wywieść, że Zamawiający dopuszcza możliwości wskazane w tym przepisie, zatem Odwołujący nie był w stanie m.in. stwierdzić, czy żądanie uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego dotyczy wyłącznie podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie Odwołującego, czy Zamawiający dopuścił również zmianę podmiotu trzeciego na inny podmiot i uzupełnienie dokumentów innego podmiotu trzeciego. Ponadto - zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp w celu umożliwienia wykonawcy skorzystania z dyspozycji tego przepisu Zamawiający powinien określić termin do dokonania czynności. W przedmiotowym stanie faktycznym - wobec niewskazania w wezwaniu z dnia 21.09.2017 r., że wezwanie obejmuje również dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp - brak było również możliwości uznania, że termin wyznaczony przez Zamawiającego na uzupełnienie dokumentów jest jednocześnie terminem, o którym mowa w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Odwołujący podkreśla, że czynność wezwania z dnia 21.09.2017 r. była czynnością niepełną, nie uwzględniającą zmiany podmiotu trzeciego, pomimo, że Zamawiający już w momencie wezwania dysponował wiedzą o konieczności zmiany podmiotu trzeciego przez Odwołującego.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający w toku rozprawy przed Izbą podniósł, że w wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było wyszczególnione, iż żądał on dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego. Wskazał, że dopiero po ocenie tych dokumentów mógł ewentualnie wezwać Odwołującego na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Wskazał, że informował Odwołującego, iż ten najpierw musi złożyć dokumenty wskazane w ww. wezwaniu, żeby Zamawiający mógł je ocenić i dokonać uzupełniającego wezwania. Podniósł, że w wyniku uzupełnienia dokumentów przez Odwołującego otrzymał nową ofertę z nowym podmiotem trzecim. W opinii Zamawiającego zmiana podmiotu trzeciego była możliwa dopiero po wezwaniu z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, które to mogło nastąpić dopiero po uzupełnieniu dokumentów na wezwanie z dnia 21.09.2017 r. Wskazał, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp to Zamawiający sam ocenia prawidłowość złożonych dokumentów i dopiero po ocenie może

wezwać o uzupełnienie. Podobnie, zgodnie z procedurą określoną w art. 22a ustawy Pzp, Zamawiający najpierw ocenia przedłożone dokumenty i następnie, na podstawie ust. 6 tego artykułu, ewentualnie wzywa o uzupełnienie dokumentów bądź zmianę podmiotu trzeciego. W opinii Zamawiającego wykonawca nie posiada samodzielnego uprawnienia, do zmiany podmiotu trzeciego bez wezwania zamawiającego. Wskazał, że JEDZ jest częścią oferty, zatem samowolne przedłożenie nowego JEDZ stanowiło zmianę oferty. Podkreślił również, że po stronie Zamawiającego nie było zamiaru wykluczenia, wskazywał jedynie Odwołującemu, że potrzebne są informacje dotyczące podmiotu trzeciego pierwotnie określonego w JEDZ, żeby możliwym było dokonanie wezwania z art. 22 ust. 6 ustawy Pzp.

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

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie rozpoznawanego zamówienia publicznego i ma interes w uzyskaniu danego zamówienia. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia przepisów powodują, że Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania zamówienia.

Bezspornymi między stronami były następujące okoliczności. Zamawiający prowadzi postępowanie pn. *„Zakup cyfrowego mammografu oraz przewoźnego cyfrowego aparatu RTG w podziale na dwa zadania”*.

Odwołujący złożył ofertę w Zadaniu II, w której powołał się na zdolności techniczne i zawodowe spółki fińskiej - Agfa Healthcare Finland Oy AB.

W dniu 8.09.2017 r., Zamawiający skierował na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwanie do odwołującego o przedłożenie dokumentów, o których mowa w ww. przepisie.

W odpowiedzi Odwołujący w dniu 19.09.2017 r. poinformował Zamawiającego o zmianie podmiotu trzeciego z Agfa Healthcare Finland Oy AB na Agfa HealthCare NV Belgia, składając jednocześnie dokumenty dotyczące drugiej z tych spółek.

Pismem z dnia 21.09.2017 r. Zamawiający, wobec niewykazania przez Odwołującego w wykazie dostaw złożonym w dniu 19.09.2017 r. dostawy do HUS Kuvantaminem HelsinginSairaalakatu 1, FI 01400 Vantaa. Finlandia, która została wymieniona w JEDZ złożonym wraz z ofertą Odwołującego, jak również niezłożenia potwierdzenia należytego wykonania tej dostawy przez Agfa Healthcare Finland Oy AB (podmiot udostępniający zasoby wskazany w ofercie Odwołującego) - wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełniania dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych, tj.: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Ponadto Zamawiający zażądał uzupełnienia dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu, wskazując, że wyżej wymienione dokumenty dotyczą podmiotu trzeciego, na zdolności którego polega wykonawca.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył dokumenty dotyczące spółki na Agfa HealthCare NV Belgia.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie, jako zasadne, zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy wskazać, że instytucja wezwania do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma służyć temu, by zamawiający miał możliwość uniknięcia wykluczenia wykonawcy, który złożył prawidłowo sporządzoną pod względem cenowym i merytorycznym ofertę, ale nie dopełnił warunków formalnych pozwalających jednoznacznie stwierdzić, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu, bądź który nie przedłożył w sposób wymagany innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Istotnym jest przy tym zachowanie zasady jednokrotności wezwania, w sytuacji, gdy pierwsze wezwanie jest

jednoznaczne i precyzyjne – zignorowanie tej zasady prowadzić może do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Rozpatrując dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp koniecznym jest uwzględnienie treści art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Łączne odczytanie powołanych przepisów prowadzi do jednoznacznego wniosku, iż wykonawca, który nie wypełni zobowiązań nałożonych nań przez zamawiającego w wezwaniu skierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, podlega wykluczeniu. Mając na uwadze zasadę jednokrotności wezwania, nie jest możliwym zachowanie udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie złożył dokumentów, których żądał zamawiający w jednoznacznym i precyzyjnym wezwaniu z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W niniejszej sprawie, Zamawiający kierując do Odwołującego pismo z dnia 21.09.2017 r., zawarł w nim ostrzeżenie, iż brak złożenia wskazanych w wezwaniu dokumentów skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

W przedstawionym powyżej kontekście faktycznym i prawnym, kluczowym dla stwierdzenia nieprawidłowości wezwania z dnia 21.09.2017 r. skierowanego do Odwołującego jest zawarty w wezwaniu wymóg przedłożenia dokumentów dotyczących spółki Agfa Healthcare Finland Oy AB. Zauważyć należy, że odwołujący już w odpowiedzi na wezwanie z dnia 8.09.2017 r. skierowane na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował Zamawiającego, iż dokonuje zmiany podmiotu trzeciego – ww. spółki z siedzibą w Finlandii na spółkę Agfa HealthCare NV z siedzibą w Belgii. Zamawiający żądał zatem od Odwołującego przedłożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, z którego zasobów Odwołujący korzystać już nie zamierzał, wobec czego wezwanie takie należało uznać za nieuprawnione. Precyzyjność i jednoznaczność przedmiotowego wezwania – Zamawiający wprost wskazał na konieczność przedłożenia dokumentów dotyczących spółki fińskiej – pozwalały na uznanie, iż mając również na uwadze zasadę jednokrotności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, brak przedłożenia wymaganych dokumentów skutkował będzie wykluczeniem Odwołującego z postępowania. Mając na uwadze jednoznaczne brzmienie przepisów ustawy, Zamawiający w sytuacji tej byłby w zasadzie zobowiązany do wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, w przeciwnym wypadku narażając się na zarzut naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Izba nie podziela wyrażonego przez Zamawiającego poglądu, iż art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowi samodzielną podstawę do wezwania wykonawcy

do zastąpienia podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp innym podmiotem, bądź zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia pod warunkiem wykazania zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, o których mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp. Izba w tym zakresie podziela pogląd wyrażony w opinii Urzędu Zamówień Publicznych powołanej przez Odwołującego, iż przepis art. 22a ust. 1 ustawy Pzp nie stanowi odrębnej od określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podstawy do wezwania o uzupełnienie dokumentów. Wobec powyższego, Zamawiający, mając w szczególności na uwadze informację Odwołującego o zmianie podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, zawartą w piśmie z dnia 19.09.2017 r., winien był w wezwaniu z dnia 21.09.2017 r. zawrzeć informację o dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Rozstrzygając zasadność odwołania od czynności Zamawiającego – wezwania z dnia 21.09.2017 r. do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należy zauważyć, że bez znaczenia w sprawie pozostają zapewnienia Zamawiającego – poczynione dopiero w postępowaniu przed Izbą – iż nie zamierzał on wykluczyć z postępowania Odwołującego. Jak wskazano powyżej, Zamawiający w nieprawidłowy sposób formułując wezwanie, doprowadził do sytuacji, w której do wykluczenia Odwołującego byłby zobowiązany, nie istniały bowiem podstawy prawne do kolejnego, „uzupełniającego” wezwania Odwołującego do przedłożenia odpowiednich dokumentów. Nie znajduje również żadnego uzasadnienia prawnego stanowisko Zamawiającego, iż przed umożliwieniem Odwołującemu, zgodnie z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp zmiany podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp, musiał uzyskać dokumenty wskazane w wezwaniu z dnia 21.09.2017 r.

Reasumując, w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający w sposób nieprawidłowy sformułował wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, żądając od Odwołującego przedłożenia dokumentów, którymi ten nie był zobowiązany dysponować, wobec okoliczności, iż dotyczyły one podmiotu, co do którego wycofane zostało oświadczenie o powołaniu się na jego zasoby. Jednocześnie Zamawiający uniemożliwił Odwołującemu zmianę podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy Pzp na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, bowiem uzależnił tę możliwość od poprzedzającego ją złożenia dokumentów wskazanych w wezwaniu z dnia 21.09.2017 r. Izba uznała, iż utrzymanie przymiotu ważności ww. wezwania, które stanowiło naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, bowiem mogło skutkować wykluczeniem z postępowania Odwołującego. Konwalidowanie postępowania mogło nastąpić jedynie poprzez unieważnienie przedmiotowego wezwania oraz skierowanie do Odwołującego nowego, prawidłowo sformułowanego wezwania.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....