

**WYROK**  
**z dnia 9 listopada 2020 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza**, w składzie:

**Przewodnicząca:   Monika Kawa-Ogorzałek**

**Protokolant:       Piotr Cegłowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 listopada 2020 r., w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2020 r. przez Odwołującego - **BIPROGEO Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu**,

przy udziale wykonawcy **AODC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 t.j.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Radomiu**.

**Przewodnicząca:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający – Centrum Informatyki Resortu Finansów z siedzibą w Radomiu prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019r., poz. 1843 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostawa urządzeń klimatyzacji i rozbudowa klimatyzacji w serwerowni S1A oraz IN”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 096-228893 z dnia 18 maja 2020r.

W dniu 22 października 2020r. Odwołujący – BIPROGEO sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu go z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania,

- art. 91 ust. 1 Pzp prowadzące do złamania zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 ust. 3 Pzp, a w konsekwencji udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania oraz dokonanie ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający pismem z dnia 13 października 2020 r. poinformował go o wykluczeniu z postępowania stwierdzając, że: „przedstawione przez Wykonawcę dokumenty w postaci zobowiązania VERTIV Poland Sp. z o. o nie tylko datowane są na okres późniejszy niż dzień składania ofert, ale przede wszystkim z ich treści nie wynika, że na dzień składania ofert wykonawca Biprogeo Sp. z o.o. i podmiot trzeci VERTIV Poland Sp. z o. o. pozostawali w porozumieniu co do udostępnienia wykonawcy zasobów podmiotu trzeciego. Przeciwnie, na dzień składania ofert wykonawca BIPROGEO Sp. z o. o. dysponował potencjałami innych podmiotów trzecich tj. ATA-WENT Sp. j. z siedzibą w Łodzi oraz P.U.I. ZETO - PROJEKT Sp. z o.o. z siedzibą w Bielany Wrocławskie. (...) Reasumując, wykonawca, BIPROGEO Sp. z o. o. nie wykazał, iż dysponował potencjałem podmiotu trzeciego na dzień składania ofert i tym samym nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a co za tym idzie podlega wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy”. Ponadto wskazał, że „Zamawiający na podstawie art. 26 ust 1 ustawy wezwał Wykonawcę BIPROGEO Sp. z o. o. do złożenia

aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca zobowiązany był wykazać doświadczenie w wykonaniu 2 zadań polegających na dostawie i wykonaniu montażu klimatyzatorów oraz zabudowie zimnego korytarza wraz z osprzętem w budynku. W odpowiedzi na ww. wezwanie Wykonawca BIPROGEO Sp. z o. o. złożył Zamawiającemu w dniu 18.09.2020 między innymi „Wykaz dostaw” wraz z referencjami. Z treści złożonego wykazu obejmującego w/w dostawy jak i z załączonych referencji nie wynikało spełnienie warunku udziału w postępowaniu jakiego wymagał zamawiający w SIWZ, gdyż żadna z wymienionych dostaw ani załączone referencje nie zawierały informacji, że dostawy wskazane w wykazie obejmowały swoim zakresem dostawę i wykonanie montażu klimatyzatorów oraz zabudowę zimnego korytarza wraz z osprzętem w budynku. Wobec powyższego Zamawiający działając zgodnie z 26 ust 3 Ustawy wezwał wykonawcę BIPROGEO Sp. z o. o. do uzupełnienia „Wykazu dostaw” potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca w dniu 08.10.2020 r przedłożył dokumenty, z których wynika, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu korzysta z potencjału podmiotu trzeciego innego niż pierwotnie wskazany w ofercie. Wykonawca BIPROGEO Sp. z o. o. przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego tj. VERTIV Poland Sp. z o. o. oz siedzibą w Warszawie, opatrzone datą 07.10.2020 r. tj. po terminie składania i otwarcia ofert Powyższe wprost wynika z treści złożonych i przedstawionych Zamawiającemu dokumentów”.

Odwołujący nie zgodził się z powyższą czynnością Zamawiającego, bowiem w świetle obowiązujących przepisów prawa wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia jest uprawniony w trybie art. 22a ust. 6 Pzp do przedstawienia zobowiązania innego podmiotu trzeciego niż podmiot wskazany pierwotnie w ofercie. Zarówno bowiem wyrok C-387/14, jak i opinia UZP „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych” wskazują, że wykonawcy, którzy pierwotnie zastrzegli korzystanie z zasobów podmiotów trzecich, w sytuacji gdy zostaną wezwani przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, mogą posiłkować się w razie takiego wezwania albo swoimi zdolnościami, albo potencjałem innych podmiotów trzecich. W przypadku dokonania zmiany podmiotu trzeciego w trybie art. 22a ust. 6 Pzp, co do zasady przedstawia się zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego, innego niż ten, na którego zasoby wykonawca powołał się w swojej ofercie. Udostępnienie tych zasobów następuje więc już po złożeniu oferty przez wykonawcę oraz po wstępnej jej ocenie przez Zamawiającego. Z samej istoty tego przepisu, który przewiduje zmianę wcześniej wskazanego podmiotu trzeciego na inny, wynika, że zmiana ta odbywa się w związku z niespełnianiem warunków przez pierwotnie wskazany w ofercie podmiot trzeci, a więc już po terminie składania ofert. Twierdzenie, zgodnie z którym wykonawca powinien złożyć nowe zobowiązanie, nowego podmiotu trzeciego, lecz wystawione przed terminem

składania ofert, czyniłoby uprawnienie zagwarantowane w drodze ustawy art. 22a ust. 6 Pzp iluzorycznym, a w świetle elektronicznej systemy zamówień publicznych i przekazywania dokumentów elektronicznych niemożliwym do spełnienia z technicznego punktu widzenia. Wykonawca bowiem musiałby posiadać kilka alternatywnych („rezerwowych”) zobowiązań podmiotów trzecich, które mogłyby być ewentualnie przez niego wykorzystane w postępowaniu.

Tak jak podkreślił Urząd Zamówień Publicznych w opinii (dostępnej na stronie internetowej UZP) cyt. „Dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp” cyt.: „Wezwanie zamawiającego o przedłożenie oświadczenia lub dokumentu implikuje odpowiedź wykonawcy, która ma być w czasie teraźniejszym prawdziwa i potwierdzać prawdziwe okoliczności - adekwatnie do całego toku postępowania. Pojęcia aktualności dokumentów nie należy utożsamiać z datą wystawienia tych dokumentów. Zamawiający, otrzymując od wykonawcy dokumenty, powinien uzyskać aktualne informacje na temat zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, którego oferta została oceniona najwyżej, a więc informacji zgodnych z istniejącym stanem faktycznym. Data wystawienia dokumentu, o ile dokument ten potwierdza istniejący stan rzeczy, nie ma zatem znaczenia dla uznania tego dokumentu przez zamawiającego za nieaktualny”.

Odwołujący wskazał ponadto, że zobowiązanie VERTIV Poland Sp. z o. o. z dnia 7.10.2020 r., zostało przygotowane zgodnie ze wzorem dokumentu przygotowanym przez Zamawiającego (formularz 2.2). Z treści zobowiązania wprost wynika stosunek łączący Odwołującego z VERTIV Poland Sp. z o. o., który gwarantuje rzeczywisty dostęp do tego zasobu. Przedłożone Zamawiającemu zobowiązanie VERTIV Poland Sp. z o. o. wyraża w sposób wyraźny i jednoznaczny wolę udzielenia Odwołującemu ubiegającemu się o zamówienie odpowiedniego zasobu. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie treści przedłożonego zobowiązania może jednoznacznie ustalić, że zasób podmiotu VERTIV Poland Sp. z o. o. został Odwołującemu, w tym konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia realnie udostępniony. Z treści zobowiązania wynika, że na dzień składania ofert Odwołujący i nowy podmiot trzeci VERTIV Poland Sp. z o. o. pozostawali w porozumieniu, co do udostępnienia Odwołującemu zasobów owego podmiotu trzeciego. Świadczy o tym sformułowanie „W związku z zamiarem ubiegania się przez BIPROGEO Sp. z o.o. (nazwa Wykonawcy) o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego”.

Podsumowując, Odwołujący stwierdził, że data która widnieje na zobowiązaniu VERTIV Poland Sp. z o. o. nie stanowi determinanty mającej wpływ na złożone zobowiązanie i wykazanie, że Odwołujący na dzień składania ofert spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości. Zakwestionował dokonaną przez Odwołującego wykładnię norm Pzp sprowadzającą się do oceny, iż wymaganie od wykonawcy wymieniającego podmiot zgodnie z art. 22a ust. 6 Pzp złożenia dokumentów potwierdzających dysponowanie tym zasobem na dzień składania ofert, czyni ww. prawo iluzorycznym. Zamawiający stwierdził, że wykonawca jako podmiot profesjonalny, nieposiadający własnego doświadczenia na spełnienie warunków udziału w postępowaniu, powinien być przygotowany, na sytuacje, w których przedstawione przez niego doświadczenie podmiotu trzeciego obarczone będzie wadami czy też np. zostanie cofnięte. Na powyższy wypadek Wykonawca może się przygotować, pozyskując z wyprzedzeniem kontrahentów zdolnych do realizacji inwestycji, zaś bierność Wykonawcy w ww. sytuacji nie może stawiać go w sytuacji lepszej od innych uczestników. Podkreślił, iż to Odwołujący jako wykonawca odpowiada za kompletność i zgodność złożonej przez siebie oferty z SIWZ. Powyższe odnosi się w szczególności do doboru podwykonawców, na doświadczeniu których Wykonawca zamierza bazować, realizując zamówienie publiczne.

Zdaniem Zamawiającego, rozumowanie powyższe nie czyni uprawnień z art. 22a ust. 6 Pzp iluzorycznymi, a przeciwdziała sytuacjom w którym w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych premiowani byliby wykonawcy działający niestaranie, wychodzący z założenia, iż „lepiej jest wskazać jakikolwiek podmiot trzeci, a w razie jakiś problemów zwyczajnie poszuka się podmiotu trzeciego faktycznie zgodnego do realizacji zamówienia”. W konsekwencji, Odwołujący powinien był w odpowiedzi na wezwanie z art 26 ust 3 Pzp przedłożyć Zamawiającemu dokumenty, które nie budzą wątpliwości, co do podstaw wykluczenia. Podkreślił, iż Odwołujący nie był związany żadnym legalnym wykazem dowodów i oprócz zawierającego określoną datę formularza 2.2., mógł przedstawić jakiegokolwiek dowody potwierdzające, iż realnie dysponował on doświadczeniem VERTIV w chwili składania oferty.

Zamawiający podkreślił, że wykładnia art 26 ust 3 i art 22a ust. 6 Pzp proponowana przez Odwołującego poprowadziłaby do fundamentalnego systemowego pokrzywdzenia wykonawców powołujących się na własne doświadczenie - co stoi w jaskrawej sprzeczności do wyrażonych w art. 7 ust. 1 Pzp zasad postępowania. Nie zgodził się także z Odwołującym, w zakresie w jakim wywodzi on, że ze złożonych przez niego oświadczeń podmiotów trzecich i wykazów wynika, iż na dzień składania ofert Odwołujący i VERTIV pozostawali w porozumieniu, co do udostępnienia zasobów owego podmiotu trzeciego, gdyż cytowany przez Odwołującego fragment „Zobowiązuję się do oddania swoich zasobów” (...) „do dyspozycji Wykonawcy” występuje wprost w treści wzoru Formularza 2.2., stąd nie sposób wywodzić z jego brzmienia jakichkolwiek faktów, co do daty złożenia przez podmiot trzeci oświadczenia woli. Według Zamawiającego za element, wskazujący na moment

dysponowania ww. oświadczeniem uznana może być data złożenia oświadczenia (wskazana we wzorze) ale również Odwołujący posłużyć się mógł celem wykazania dysponowania doświadczeniem VERITIV, wszelkimi, innymi dowodami.

Podsumowując, Zamawiający stwierdził, że czynności wykluczenia Odwołującego była prawidłowa, a więc pozbawiony podstaw faktycznych jest także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 91 ust. 1 Pzp, gdyż Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Analogicznie bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 albowiem postępowanie Zamawiającego prowadzone jest zgodnie z przepisami Pzp.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 6 listopada 2020r. wniósł o oddalenie odwołania, popierając stanowisko Zamawiającego, że uzupełnione przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego jest nieprawidłowe i Zamawiający słusznie uznał, że z jego treści nie wynika, że na dzień składania ofert, tj. 21 sierpnia 2020r. Odwołujący był upoważniony do skorzystania z zasobów VERTIV, a tym samym, że na dzień składania ofert spełniał warunek udziału w postępowaniu. W opinii Przystępującego zobowiązanie VERTIV do udostępnienia zasobów na rzecz Odwołującego mimo, iż zostało uzupełnione w toku postępowania przetargowego w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp powinno potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunku na dzień składania ofert. Okoliczność, że ww. zobowiązanie było dokumentem uzupełnionym w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie zmienia ww. poglądu. Podkreślił, że zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest dokumentem składanym wraz z ofertą i niezbędnym do złożenia oświadczenia przez wykonawcę o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu. Złożenie więc zobowiązania, z którego wynika, że zasoby zostały udostępnione dopiero w dniu 7 października 2020 r. jest nieprawidłowe, gdyż nie potwierdza spełniania przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, czyli 21 sierpnia 2020 r. Ponadto zgodził się z Zamawiającym, że treść zobowiązania VERTIV w żaden sposób nie potwierdza, że na dzień składania ofert zobowiązanie było aktualne lub też, że Odwołujący mógł dysponować zasobami tego podmiotu trzeciego. W opinii Przystępującego przyjęcie prezentowanego przez Odwołującego stanowiska stanowiłoby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, którzy złożyli prawidłowe i aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący stwierdził ponadto, że uwzględnienie odwołania nie ma wpływu na wynik postępowania, gdyż zobowiązanie VERTIV jest błędne również z tego względu, że nie ma realnego charakteru. W treści zobowiązania wskazano, że wykonawcę i podmiot trzeci będzie łączyła umowa podwykonawcza, jednakże jako zakres udziału podmiotu trzeciego

przy wykonywaniu zamówienia podano „nadzór i kontrola dostaw urządzeń klimatyzacji oraz nadzór nad wykonaniem prac związanych z zabudową zimnych korytarzy”. Tak określone zobowiązanie jest niewystarczające w świetle art. 22a ust. 1, 2 i 4 Pzp i dodatkowo potwierdza zasadność wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Pzp. Stosownie do treści art. 22a ust. 4 Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Zakres udostępnionych przez VERTIV zasobów jest niewystarczający do wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. VERTIV udostępnia zasoby w postaci doświadczenia w zakresie wykonania dostaw oraz montażu klimatyzatorów oraz zabudowy zimnego korytarza (vide lit. a zobowiązania, wykaz dostaw). W związku z tym, w zakres udostępnionych zasobów wchodzi nie tylko dostawa, ale również wykonanie robót budowlanych wraz z usługami. Zakres udziału podmiotu trzeciego określony w zobowiązaniu polegający na nadzorze i kontroli dostaw oraz nadzorze prac związanych z zabudową zimnych korytarzy nie pokrywa się z zakresem udostępnionych zasobów - doświadczeniem wskazanym w zobowiązaniu i wykazie. Tak określony zakres udziału VERTIV Poland sp. z o.o. w żaden sposób nie potwierdza, że podmiot trzeci jako podwykonawca realnie i faktycznie zrealizuje zamówienie, w zakresie dla którego określony został przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do doświadczenia. Nadzór i kontrola nie stanowią czynności wykonywanych na rzecz Zamawiającego, ale na rzecz wykonawcy, jak również nie dotyczą pełnej realizacji prac dotyczących wykonania montażu klimatyzatorów oraz zabudowy zimnego korytarza. Warunek udziału w postępowaniu nie dotyczył doświadczenia w sprawowaniu nadzoru czy kontroli, a realnego wykonania ww. robót.

**Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.**

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

Następnie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia,  
a

zarzucane naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na niezyskaniu zamówienia.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę AODC Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, treści wezwania Zamawiającego z dnia 1 października 2020r., odpowiedzi Odwołującego z dnia 8 października 2020r., treści dokumentu stanowiącego zobowiązanie VERTIV Poland sp. z o.o. do oddania do dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego, zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz treści pism procesowych przedstawionych przez Zamawiającego i Przystępującego na rozprawie.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny sprawy nie jest sporny i został przedstawiony w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Rozstrzygnięcia Izby wymagało, czy przedłożenie przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zobowiązania nowego podmiotu trzeciego, tj. innego niż wskazanego pierwotnie w ofercie wymagało wykazania, że już na moment składania ofert Odwołujący i ten podmiot pozostawali w porozumieniu co do ewentualnego udostępnienia zasobów – jak twierdził Zamawiający, czy też przedłożenie zobowiązania w trybie art. 22a ust. 6 Pzp nie wymaga po pierwsze, aby zobowiązanie takiego podmiotu wystawione było przed upływem terminu składania ofert, lub też, aby z jego treści wynikały okoliczności żądane przez Zamawiającego – jak twierdził Odwołujący.

Izba w składzie orzekającym uznała, że rację w sporze należy przyznać Odwołującemu.

Podkreślić należy, że zgodnie z art. 22a ust. 6 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.

Izba w składzie orzekającym w całości popiera stanowiska wyrażone w wyrokach KIO z dnia 3 września 2018 r., sygn. akt KIO 1643/18 oraz z dnia z dnia 17 września 2019 r., sygn. akt KIO 1719/19, w których Izba wskazała m.in., że przepis art. 22a ust. 6 Pzp stanowi podstawę wprowadzenia - w trakcie prowadzonej przez Zamawiającego procedury



weryfikującej spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu - zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty. Z istoty tego przepisu wynika zatem, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu trzeciego pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia. Jest zatem oczywiste, że w przypadku zmiany przez wykonawcę podmiotu trzeciego w tym trybie, udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów przez nowy podmiot następuje już po upływie terminu składania ofert. Stanowisko więc przez Zamawiającego oraz Przystępującego w rozpoznawanym stanie faktycznym, że wykonawca chcąc złożyć zobowiązanie nowego podmiotu trzeciego, musi przedłożyć zobowiązanie wystawione albo przed upływem terminu składania ofert lub, albo z tego dokumentu musi wynikać, że już na moment składania ofert wykonawca pozostawał z tym podmiotem w porozumieniu co do ewentualnego przyszłego udostępnienia zasobów przez ten podmiot, sprowadzałoby wykładnię przepisu art. 22a ust. 6 Pzp do poziomu absurdu. Musiałoby bowiem prowadzić do wniosku, iż wykonawca w chwili składania ofert powinien posiadać kilka alternatywnych zobowiązań podmiotów trzecich, z których każde pełni funkcję zobowiązania „rezerwowego” i będzie przedstawione Zamawiającemu dopiero wówczas, gdy dojdzie do sytuacji przewidzianej w art. 22a ust. 6 Pzp, tj. stwierdzenia, że pierwsze ze złożonych zobowiązań nie spełnia warunków postawionych przez Zamawiającego. W ocenie składu orzekającego zamiarem ustawodawcy, a co za tym idzie celem analizowanego przepisu art. 22a ust. 6 Pzp jest umożliwienie wykonawcy (w określonych okolicznościach) przedstawienia zobowiązania innego podmiotu trzeciego niż podmiot wskazany pierwotnie w ofercie. A skoro tak, to należy odrzucić przedstawione powyżej stanowisko Zamawiającego, jako pozbawione sensu, o obowiązku posiadania przez wykonawcę w chwili składania ofert zestawu „rezerwowych” zobowiązań różnych podmiotów trzecich.

W ocenie składu orzekającego powyższy wniosek nie narusza ponadto zasady równego traktowania wykonawców i nie stawia w gorszej sytuacji innych oferentów. Każdy z nich będzie miał bowiem takie samo prawo do przedstawienia zobowiązania innego podmiotu trzeciego - niż pierwotnie zgłoszony w sytuacji, gdy wynik oceny spełnienia warunków przez ów pierwotnie zgłoszony podmiot będzie negatywny.

Na marginesie wskazać należy, że Izba przychyliła się do stanowiska prezentowanego przez Zamawiającego, a dotyczącego interpretacji Formularza 2.2. do SIWZ złożonego przez Odwołującego w dniu 8 października 2020r. W opinii składu orzekającego wbrew stanowisku Odwołującego nie sposób uznać, że z dokumentu tego wynika, że Odwołujący pozostawał w porozumieniu z VERTIV Poland już w dacie składania oferty co do ewentualnego udostępnienia mu zasobów przez ten podmiot. Nie mniej jednak, skoro Izba stwierdziła, że z

**Sygn. akt KIO 2726/20**

dokumentu tego taka okoliczność nie musi wynikać, to powyższe pozostawało bez wpływu na wynik postępowania.

W związku z powyższym orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp.

**Przewodniczący:.....**