

Sygn. akt: KIO 1286/18

WYROK
z dnia 13 lipca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 czerwca 2018 r. przez wykonawcę **Akcydens Zakład Poligraficzny A.C. i synowie spółka jawna 05-080 Laski, ul. Pocztowa 5**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Muzeum Warszawy 00-272 Warszawa, Rynek Starego Miasta 28** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: **Dostosowanie wystawy do potrzeb osób niewidzących i niedowidzących – część V postępowania – druk i dostawa książki Rzeczy Warszawskie w piśmie Brailła**

przy udziale wykonawcy **EPEdruk Sp. z o.o. 03-130 Warszawa, ul. A. Kamińskiego 20 lok. 56**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania w wysokości **11 100 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego – **Akcydens Zakład Poligraficzny A.C. i synowie spółka jawna 05-080 Laski, ul. Pocztowa 5, i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Akcydens Zakład Poligraficzny A.C. i synowie spółka jawna 05-080 Laski, ul. Pocztowa 5** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od wykonawcy **Akcydens Zakład Poligraficzny A.C. i synowie spółka jawna 05-080 Laski, ul. Pocztowa 5** na rzecz zamawiającego – **Muzeum Warszawy 00-272 Warszawa, Rynek Starego Miasta 28** kwotę w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Dostosowanie wystawy do potrzeb osób niewidzących i niedowidzących”, znak sprawy MW/ZP/26/PN/2018 (dalej „Postępowanie” lub „Zamówienie”) zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 568991-N-2018 z 6 czerwca 2018 r. przez **Muzeum Warszawy 00-272 Warszawa, Rynek Starego Miasta 28** (zwane dalej: „zamawiającym”).

W dniu 29 czerwca 2018 r. wykonawca: **Akcydens Zakład Poligraficzny A.C. i synowie spółka jawna 05-080 Laski, ul. Pocztowa 5** (zwany dalej „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r., poz. 1579 ze zm.) – dalej „ustawa Pzp” czynności zamawiającego, podjętych w Postępowaniu, w zakresie części V Zamówienia – druk i dostawa książki Rzeczy Warszawskie w piśmie Brailła.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu obrazę następujących przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu, mimo iż wykazał on spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 poprzez odrzucenie złożonej przez odwołującego oferty, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Wskazując powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości poprzez nakazanie zamawiającemu, w trybie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i powtórzenia czynności oceny złożonych ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez odwołującego oraz o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Podnosząc powyższe odwołujący wskazał, że zamawiający, pismem z dnia 25 czerwca 2018 r., poinformował odwołującego o wyborze oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na: „Dostosowanie wystawy do potrzeb osób niewidzących i niedowidzących” - część V postępowania i wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w związku z czym jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu wskazał, iż odwołujący nie potwierdził

spełnienia warunków udziału w postępowaniu, albowiem w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów odwołujący skorzystał z zasobów podmiotu trzeciego i przedstawił dokumenty dotyczące tego podmiotu, podczas gdy wcześniej nie wskazywał na zamiar korzystania z tego podmiotu w treści oświadczenia złożonego wraz z ofertą. Zamawiający powołał się w tym zakresie na stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, wyrażone w opinii prawnej: „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”, w konsekwencji przyjął, iż zachodzi w stosunku do odwołującego przesłanka o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp tj. podlega on wykluczeniu z udziału w postępowaniu ponieważ nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ze stanowiskiem tym nie zgodził się odwołujący wskazując, że zgodnie z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp: (1) 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; (2) 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. Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagał wykazania się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej 3 dostaw w systemie Braille (przygotowanie i druk) o wartości nie mniejszej niż 50 000,00 zł brutto każda. W odpowiedzi na wezwanie do złożenia dokumentów odwołujący przedstawił wykaz, obejmujący doświadczenie podmiotu trzeciego - Altix sp. o.o. Zamawiający zakwestionował ten dokument wskazując, iż w oświadczeniu o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu odwołujący nie wskazywał zamiaru korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. W odpowiedzi na powyższe odwołujący uzupełnił oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, z uwzględnieniem informacji dotyczących korzystania z zasobów podmiotu trzeciego - w wyniku czego zamawiający uzyskał komplet informacji pozwalających na pozytywną weryfikację spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Pomimo tego zamawiający wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu albowiem w jego ocenie odwołujący nie był uprawniony do skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego wobec treści złożonego pierwotnie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, niewskazującego na taki zamiar.

W ocenie odwołującego taki sposób postępowania zamawiającego w sposób rażąco narusza prawo. Po pierwsze bowiem żaden z przepisów ustawy nie wyklucza możliwości

skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego na etapie uzupełniania dokumentów. Po drugie - zamawiający wywodzi zamiar korzystania wyłącznie z zasobów własnych z oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego wraz z ofertą. Powyższe stanowi rażącą nadinterpretację. Przedmiotem niniejszego zamówienia są dostawy, a zatem nie ma zastosowania art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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 - przepis ten odnosi się wyłącznie do robót budowlanych i usług. Tym samym nie można mówić w takiej sytuacji o niedopuszczalnej zmianie treści oferty poprzez wprowadzenie podwykonawcy, który pierwotnie nie był w tej ofercie wskazany (do jednej z takich sytuacji odnosi się przytaczane przez zamawiającego stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w cytowanej przez zamawiającego opinii prawnej). Po trzecie - w sytuacji, w której zamawiający otrzymał od odwołującego wykaz uwzględniający doświadczenie podmiotu trzeciego, który nie pokrywał się z treścią oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu - obowiązany był (na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) wezwać odwołującego do uzupełnienia prawidłowego oświadczenia tj. takiego, które obejmuje również oświadczenie dotyczące korzystania z zasobów podmiotu trzeciego. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi bowiem: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Wobec literalnego brzmienia przepisu zamawiający obowiązany był wezwać odwołującego do złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 25 a ust. 1 ustawy Pzp - czego nie uczynił. Odwołujący samodzielnie - z własnej inicjatywy uzupełnił ten dokument, co w świetle orzecznictwa KIO jest prawidłowe i dopuszczalne (tak w Wyroku KIO, sygn. akt KIO 268/2013). W świetle powyższego nie budzi wątpliwości, że wykluczenie odwołującego nastąpiło w sposób całkowicie nieuprawniony i nieprawidłowy, a czynność ta w sposób rażący narusza przepisy ustawy Pzp.

Odnosząc się do przytaczanego przez zamawiającego stanowiska Urzędu Zamówień Publicznych wyrażonego w opinii prawnej „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust, 3 ustawy

Prawo zamówień publicznych" odwołujący zwraca uwagę, iż w treści w/w stanowiska Urząd również powołuje się na poglądy odmienne od prezentowanego, co więcej wskazuje na określone okoliczności, które mają ograniczać możliwość korzystania z zasobów podmiotu trzeciego niewskazanego w ofercie. Przede wszystkim taką okolicznością jest treść złożonego oświadczenia co do podwykonawstwa, która w niniejszej sprawie nie ma znaczenia z uwagi na przedmiot zamówienia - dostawy (na co odwołujący wskazywał powyżej). Jednocześnie podnosi, iż już sam tytuł opinii Urzędu jednoznacznie wskazuje, iż odnosi się ona do relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3. Przepis art. 22a ust. 6 stanowi natomiast, że 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: zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 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. Przepis ten nie ma zatem zastosowania w niniejszej sytuacji, ponieważ zasoby podmiotu trzeciego jednoznacznie potwierdzają spełnianie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Powyższe dowodzi, że zamawiający w sposób całkowicie nieuprawniony wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu pozbawiając go możliwości realizacji zamówienia. Wywiedziony przez zamawiającego wniosek, iż odwołujący zamierza korzystać wyłącznie z zasobów własnych jest wnioskiem nieuprawnionym. Niewypełnione w tym zakresie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu podlegało uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, co też odwołujący uczynił, mimo uchybienia przez zamawiającego obowiązkowi wystosowania wezwania.

Zamawiający w dniu 29 czerwca 2018 r., zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 1 ustawy Pzp, poinformował o wniesieniu odwołania, przekazując za pomocą poczty elektronicznej kopię odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu, oraz wezwał uczestników postępowania do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Termin na zgłoszenie przystąpienia, zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, upłynął w dniu 2 lipca 2018 r. Do postępowania odwoławczego, w dniu 2 lipca 2018 r., przystąpił wykonawca **EPEdruk Sp. z o.o. 03-130 Warszawa, ul. A. Kamińskiego 20 lok. 56** (dalej „przystępujący”), zgłaszając swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Zamawiający w dniu 4 lipca 2018 r., przed otwarciem posiedzenia wyznaczonego na dzień 11 lipca 2018 r., złożył odpowiedź na odwołanie w której wniósł o jego oddalenie. W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez odrzucenie jego oferty wskazywał na treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”) z dnia 4 maja 2017 r. sygn. akt C-387/14 w którym ten, odpowiadając na pytanie Izby, przesądził jednoznacznie, że art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia realizowanego przez podmiot treści oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. Tym samym, zdaniem zamawiającego, odwołujący który pierwotnie wykazywał się doświadczeniem własnym a następnie, na etapie składania wyjaśnień, przedstawił oświadczenie podmiotu trzeciego, dokonał niedopuszczalnej zmiany treści złożonej przez siebie oferty, o której stanowi cytowany wyrok TSUE. Na gruncie przepisów krajowych wskazał na treść art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, który określa przypadki kiedy dopuszczona jest zmiana treści oferty po terminie składania ofert. Katalog wskazanych tam przesłanek jest zamknięty, zaś wyjątek w tym zakresie wprowadza przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, który pozwala na taką zmianę jedynie w następujących sytuacjach: gdy wykonawca pierwotnie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego, który to podmiot nie spełnił warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu z postępowania, wykonawca może, na wezwanie zamawiającego, zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo też zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeśli sam wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną. Przepis ten jednak, jak podkreśla Krajowa Izba Odwoławcza w swoich orzeczeniach, należy interpretować ściśle, a zatem nie jest możliwe zastąpienie własnego potencjału (w tym doświadczenia) innym podmiotem, jeśli wykonawca nie wskazał innego podmiotu w ofercie, albowiem taki wyjątek w ustawie nie jest przewidziany (tak w orzeczeniu KIO z 4 września 2017 r.; sygn. akt KIO 1723/17).

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną pomiędzy zamawiającym a wykonawcami, po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie jest wykonawcą w rozumieniu art. 2 pkt 11 ustawy Pzp i ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego. Oferta odwołującego, zgodnie z kryteriami oceny ofert, winna być w tym postępowaniu oceniona jako najkorzystniejsza. W wyniku dokonanej przez zamawiającego czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, został pozbawiony możliwości uzyskania niniejszego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści pism kierowanych do odwołującego w postępowaniu oraz odpowiedzi na nie.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie należy zauważyć, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: (1) nie podlegają wykluczeniu; (2)

spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Warunki udziału w postępowaniu, o czym stanowi art. 22 ust. 1b ustawy Pzp mogą dotyczyć: (1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; (2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; (3) zdolności technicznej lub zawodowej. Z kolei, zgodnie z dyspozycją art. 22a ustawy Pzp 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. Polegając 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 toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 ustawy Pzp. Ustawodawca wprowadził również dodatkowy warunek w odniesieniu do zamówień polegających na realizacji robót budowlanych lub usług stwierdzając, iż 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. Podobnego zastrzeżenia nie zawarł w odniesieniu do zamówień polegających na dostawie.

Zamawiający, w zakresie warunków udziału w postępowaniu, w Rozdziale 5 SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu, w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych wymagał, opisując warunek udziału w postępowaniu dla części V zamówienia, aby ubiegający się o zamówienie wykonawca w okresie ostatnich trzech lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności przez wykonawcę jest krótszy - w tym okresie, wykonał co najmniej 3 dostawy publikacji w języku Brailła (przygotowanie i druk) o wartości nie mniejszej niż 50 000,00 złotych brutto każda. W Rozdziale 6 zatytułowanym: Wykaz dokumentów i oświadczeń, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia wskazał - w pkt 1 - że w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki

udziału w postępowaniu, winien dołączyć do oferty aktualne na dzień składania ofert oświadczenia o: (1) spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ; (2) braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu - zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Jednocześnie, w tym samym rozdziale w pkt 2 przewidział, że jeśli wykonawca składający ofertę będzie powoływał się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu składanym zgodnie z treścią jak w załączniku nr 3 do SIWZ. Załącznik nr 3 do SIWZ - Wzór oświadczenia dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu został podzielony przez zamawiającego na następujące części: część A, którą zgodnie z instrukcją zamawiającego należało wypełnić obligatoryjnie w zakresie w jakim wykonawca składał oświadczenie, iż samodzielnie spełnia warunki udziału w niniejszym postępowaniu; część B, którą należało wypełnić tylko wtedy, gdy wykonawca w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach innych podmiotów. W treści oświadczenia wykonawca miał wskazać na jakich zasobach innych podmiotów zamierza polegać oraz zobligowany był podać dane wymienionego podmiotu.

Odwołujący, wraz z ofertą, złożył stosowane oświadczenie o treści zgodnej z załącznikiem nr 3, wypełniając część A deklarując, że warunki określone przez zamawiającego w SIWZ spełni samodzielnie. Zamawiający, po dokonaniu oceny złożonych ofert, wezwał odwołującego pismem z dnia 11 czerwca 2018 r., w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia wykazu dostaw 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 zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący, pismem z dnia

15 czerwca 2018 r., przedłożył wykaz zrealizowanych dostaw wskazując w nim sześć pozycji oraz załączając referencje na potwierdzenie, że dostawy te zostały należycie wykonane. Pięć listów referencyjnych wystawionych zostało na rzecz firmy ALTIX Sp. z o.o. 03-152 Warszawa, ul. Modlińska 246C. Jednocześnie, wraz z przedłożonym wykazem, odwołujący złożył zobowiązanie do oddania do dyspozycji zasobów, z treści którego wynikało, że firma ALTIX Sp. z o.o. dysponuje zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia i oddaje je do dyspozycji wykonawcy składającego ofertę, w tym w zakresie doświadczenia wskazanego w wykazie dostaw oraz listów rekomendacyjnych. Zamawiający, pismem z dnia 19 czerwca 2018 r., wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Powodem wezwania, jak wynika z treści cytowanego pisma, był fakt, że złożony przez odwołującego wykaz zamawiający uznał za nieprawidłowy, albowiem zgodnie z oświadczeniem złożonym wraz z ofertą nie deklarował on wcześniej, iż wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na zasobach innych podmiotów. Odwołujący, w ramach uzupełnienia dokumentów, przedłożył wyjaśnienie z którego wynika, że w ramach procedury wynikającej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, uzupełnia oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w ten sposób, iż w jego treści wskazuje, iż będzie polegał na zasobach innego podmiotu tj. wykonawcy ALTIX Sp. z o.o. w zakresie w jakim ten dysponuje potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zdaniem odwołującego zamawiający winien, w okolicznościach niniejszej sprawy, ocenić złożone wcześniej na wezwanie dokumenty tj. wykaz zrealizowanych dostaw, oświadczenie podmiotu który zobowiązał się do udostępnienia swoich zasobów oraz treść oświadczenia uzupełnionego i zmienionego przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie uznał powyższego uzupełnienia dokumentów za prawidłowe i wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. W uzasadnieniu swojej decyzji powołał się na wykładnię dokonaną przez TSUE w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. sygn. C-387/14 ws. Esaprojekt, jak też na opinię Urzędu Zamówień Publicznych.

Odnosząc się do argumentacji podnoszonej przez odwołującego w treści odwołania, a zatem możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego w odpowiedzi na wezwanie skierowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, w sytuacji gdy oferta nie zawierała danych w tym zakresie, w ocenie Izby kwestię tę rozstrzyga

powoływany zarówno przez zamawiającego, jak też przystępującego wyrok TSUE sygn. C-387/14. W cytowanym orzeczeniu Trybunał wskazał, że artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE, w związku z art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. W dalszej części wydanego orzeczenia Trybunał wyjaśniał, że art. 2 dyrektywy nie stoi na przeszkodzie poprawianiu lub uzupełnianiu szczegółów oferty, jeśli ta w sposób oczywisty wymaga niewielkiego poprawienia lub sprostowania oczywistej omyłki, jednakże zmiany takie nie mogą prowadzić do rezultatu porównywalnego z przedstawieniem w istocie nowej oferty. W rozpoznawanej przez TSUE sprawie wykonawca, po upływie terminu składania ofert, powołał się na doświadczenie podmiotu trzeciego oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. W takiej sytuacji wyjaśnienia te nie mogą być uznane przez zamawiającego za wyjaśnienie szczegółów oferty czy nieistotną jej zmianę, albowiem w rzeczywistości stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnie złożonej oferty. Tak złożone dokumenty właściwie warunkują samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie udzielone zamówienie, bowiem mają wpływ na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy do zrealizowania danego zamówienia. W ocenie TSUE gdyby zamawiający dopuścił taką zmianę potraktowałby tego wykonawcę korzystniej niż innych kandydatów a tym samym naruszyłby zasadę równego i niedyskryminacyjnego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. W konsekwencji, zdaniem TSUE, wykonawca który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony na powoływanie się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

W stanie faktycznym niniejszej sprawy, podobnie jak w rozpatrywanej przez TSUE, odwołujący przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu składania ofert dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie tj. wykaz dostaw zrealizowanych przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia - takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem

oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa Trybunału i stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. Cytując stanowisko TSUE, w niniejszej sprawie mamy do czynienia z takim uzupełnieniem dokumentów, które ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia. Gdyby więc instytucja zamawiająca dopuściła, by odwołujący złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz obowiązek przejrzystości.

Należy zauważyć, że TSUE wydając przedmiotowe orzeczenie opierało się wprawdzie na przepisach dyrektywy z 2004 r., jednakże stanowisko w tym zakresie zachowuje swą aktualność na gruncie nowych unijnych regulacji. Art. 56 ust. 3 Dyrektywy 2014/24/UE stanowi, że jeśli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą, chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej, żądać aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Te właśnie zasady miał na uwadze TSUE rozpoznając niniejszą sprawę i na tej podstawie uznał, że takie uzupełnienie czy doprecyzowanie informacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim w pierwotnie złożonej ofercie wykonawca powoływał się wyłącznie na własne zdolności. Te zasady obecne w dyrektywach z 2014 r., jak też nowych regulacjach unijnych w zakresie zamówień publicznych, znane są również w ustawie Prawo zamówień publicznych a ich rozumienie nie uległo zmianie. Wprawdzie dostrzeżenia wymaga, że przepis art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i analogiczny przepis art. 79 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE stanowią, że instytucja zamawiająca/ podmiot zamawiający wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia, na które powołał się podmiot zamawiający, jednakże przepis ten należy traktować jako wyjątek, którego nie można rozszerzać. Dotyczy on jedynie

tych przypadków, w których wykonawca powołuje się na zdolności podmiotów trzecich, które nie spełniają warunków udziału w postępowaniu lub podlegają wykluczeniu, nakazując w tej sytuacji zmianę podmiotu trzeciego. W zakresie jednak w jakim rozstrzygnięto w wyroku TSUE ws. Esaprojekt zastosowanie znajdzie omawiany wcześniej zakaz.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego, który wskazuje, że cytowany wyrok TSUE odnosi się jedynie do robót budowlanych i usług, nie zaś do sytuacji w których przedmiotem zamówienia, tak jak w omawianym postępowaniu, są dostawy. Jego zdaniem w takiej sytuacji nie znajduje zastosowania przepis art. 22a ust. 4 ustawy Pzp i nie dochodzi do zmiany treści oferty wykonawcy, albowiem nie zostaje wskazany nowy podwykonawca, który nie był wcześniej wskazany w ofercie. Należy zauważyć, iż w omawianym stanie faktycznym mamy do czynienia z całkowicie odmienną sytuacją, albowiem nie dochodzi do „zastąpienia” jednego podmiotu innym ale zmiany sposobu realizacji zamówienia, o którym szeroko mówi cytowany wyżej wyrok TSUE. Zwrócić należy uwagę, że przepisy ustawy Pzp pozwalają (art. 22a ust. 6 ustawy Pzp) na zmianę podmiotu udostępniającego zasoby, jednak nie przewidują możliwości zmiany oświadczenia wykonawcy w zakresie, w jakim ten stwierdza w ofercie, że jest w stanie spełnić samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, a następnie wskazuje na zasoby podmiotu trzeciego. W przepisie tym bowiem stwierdza się, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby 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. Przepis ten jednak winien być rozumiany jedynie jako jeden z wyjątków od zasady niezmienności oferty (sensu largo) i może być, w ocenie Izby, stosowany jedynie ściśle zgodnie z jego treścią. Tym samym nie podziela się stanowiska odwołującego co do możliwości zastąpienia na wezwanie zamawiającego własnego potencjału (np. doświadczenia) innym podmiotem, jeżeli nie wskazał innego podmiotu w ofercie, jako że taki kolejny wyjątek w ustawie nie jest przewidziany.

Izba nie podziela również argumentacji odwołującego, że zamawiający winien, w sytuacji gdy odwołujący na wezwanie zamawiającego złożył wykaz dostaw zawierający doświadczenie podmiotu trzeciego, wezwać go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia prawidłowego oświadczenia. Należy zauważyć, że zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ przewidział zastosowanie procedury o której mowa w art. 24 aa ust. 1 ustawy Pzp (tzw. „procedura odwrócona”). Zgodnie z nią, stosownie do art. 25 a ust. 1 ustawy Pzp,

wykonawca dołącza do oferty oświadczenie, aktualne na dzień składania ofert w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w SIWZ. Informacje zawarte w tym oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jeżeli wartość zamówienia jest niższa niż progi określone w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp oświadczenie składane jest w „zwykłej” formie pisemnej, niejednokrotnie jak to miało miejsce w niniejszym postępowaniu zgodnie z treścią określoną przez zamawiającego. Odwołujący, wraz z ofertą, również złożył stosowne oświadczenie, deklarując spełnienie warunków udziału w postępowaniu samodzielnie, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Jak wynika z treści wezwania zamawiającego z dnia 11 czerwca 2018 r. skierował on do odwołującego wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności wskazane w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Nie ulega wątpliwości, że wezwanie to kierowane jest do wykonawcy w takim zakresie, w jakim ten wcześniej potwierdził, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co do zasady więc zamawiający wzywa do złożenia tych dokumentów, które potwierdzają wstępne oświadczenia załączone do oferty. Wykonawca nie przedstawił dokumentów na potwierdzenie oświadczeń złożonych wstępnie wraz z ofertą. Zamawiający, w sposób prawidłowy, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy dyrektyw, ustawy Pzp oraz orzecznictwa TSUE w tym zakresie, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z pierwotnie złożonym przez niego oświadczeniem. Treść wezwania nie pozostawia, wbrew temu co twierdził odwołujący na rozprawie, żadnych wątpliwości. Również złożone przez odwołującego wyjaśnienia w tym zakresie potwierdzają, że właściwie odczytał on treść wezwania uznając jednakże, że możliwe jest uzupełnienie (tu zmiana treści) oświadczenia w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, które zostało wcześniej złożone. W ocenie Izby zamawiający nie miał podstaw dla zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie, w jakim przepis ten stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, lub złożone oświadczenie jest niekompletne, zawiera błędy lub budzi wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia ww. oświadczenia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo jego złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Odwołujący wraz z ofertą złożył kompletne, podpisane i zgodne z wzorem oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu a tym samym przepis ten nie miał zastosowania w niniejszym stanie faktycznym.

Tym samym, Izba, mając na uwadze stanowisko TSUE wyrażane w wydawanych orzeczeniach które, choć niewiążące, stanowią obowiązującą w Unii Europejskiej interpretację przepisów prawa unijnego i nie mogą być pomijane przez zamawiających, jak też organy stosujące prawo, zwłaszcza w przypadkach jak to ma miejsce w tym postępowaniu, gdy dane zamówienie jest współfinansowane ze środków unijnych stwierdziła, że decyzja o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzuceniu oferty w oparciu o przesłankę art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa, a zatem zarzut odwołującego należało uznać za nieuzasadniony.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (t.j. z dnia 7 maja 2018 r. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący:

.....