

Sygn. akt: KIO 1108/19

WYROK
z dnia 3 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 czerwca 2019 r. przez wykonawcę K.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Projektowo-Uslugowo-Produkcyjny POWER K.J. z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie, przy udziale wykonawcy Z.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo-Handlowe „WŁOMEX” Z.W. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 10 000,00 zł (dziesięć tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 Krakowie.

.....

Uzasadnienie

Zarząd Dróg Miasta Krakowa z siedzibą w Krakowie (dalej Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm., dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Posadowienie toalet w wybranych lokalizacjach na terenie miasta Krakowa w formule zaprojektuj i wybuduj w lokalizacjach: I część: Dzielnica IV — przy Pętli Azory (rejon ul. Jeremy/Weissa), II część: Dzielnica XIV — przy ul. Hynka (Park Gen. Stanisława Skalskiego), III część: Dzielnica XV — Planty Mistrzejowickie okolice Skate Parku i ogródka jordanowskiego od ul. Srebrnych Orłów, IV część: Dzielnica XVII — wejście na cmentarz Grębałów od strony tramwajowej Wzgórza Krzesławickie w ramach zadania: Posadowienie toalet na terenie Krakowa”. Nr sprawy 9/IV/2019, zwane dalej Postępowaniem. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 17 kwietnia 2019 r. pod numerem 538596-N-2019. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 17 czerwca 2019 r. wykonawca K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Projektowo-Usługowo-Produkcyjny POWER K.J. z siedzibą w Krakowie (dalej Odwołujący), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego w zakresie części I i III przedmiotu zamówienia, zarzucając mu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że Odwołujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i wykazał brak podstaw do wykluczenia go z postępowania,
2. art. 24 ust. 4 Pzp przez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, mimo że Odwołujący nie podlegał wykluczeniu,
3. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, mimo że zaistniały wątpliwości uzasadniające złożenie takich wyjaśnień,
4. art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, mimo że zaistniały wątpliwości co do treści oświadczeń złożonych przez Odwołującego,

5. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
6. art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla części I i III zamówienia, mimo że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą oraz,
- b) ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego

ewentualnie,

- c) w razie nieuwzględnienia powyższego żądania nakazanie Zamawiającemu dokonania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 względnie art. 26 ust. 4 Pzp, następnie przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in.:

Zamawiający w 11 czerwca 2019 r. przekazał Odwołującemu pocztą elektroniczną zawiadomienie o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz o uznaniu jego oferty za odrzuconą w zakresie części 1, 3 i 4 postępowania. Według Zamawiającego Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Odwołujący złożył dokumenty dotyczące doświadczenia zawodowego podmiotu trzeciego, mimo, że w ofercie nie powołał się na zasoby określone w art. 22a Pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wskazując tym samym na samodzielne wykonanie zamówienia. Tym samym Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie Zamawiający nie kwestionował spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez podmiot trzeci, na którego potencjał powołał się Odwołujący.

Ponadto Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia, wskazał, że Odwołujący: „nie wykazał w pkt 7 elementów zamówienia, które zamierza zlecić podwykonawcom, w pkt 8 nazw firm,

które będą realizowały roboty wyszczególnione w pkt 7 formularza oferty, jak również w pkt 9 nazw podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Zamawiający w oparciu o orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiego z dnia 4 maja 2017 r., sygn. akt C-387/14 (sprawa Esaprojekt) uznał, że udostępnienie zasobów nie mogło mieć miejsca po złożeniu oferty. Z uwagi na to, że niedopuszczalne jest powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego celem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w związku z wykazaniem w ofercie osobistego zobowiązania wykonania zamówienia, Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Odwołującego do potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. potwierdzających fakt osobistego wykonania robót. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że skoro wykorzystał już procedurę przewidzianą w art. 26 ust. 3 Pzp i „nie doprowadziła ona do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, to nie ma już możliwości ponownego wezwania wykonawcy z wykorzystaniem przepisów z art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Tym samym wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp”.

Odwołujący uznał, że opisane wyżej stanowisko Zamawiającego było niezgodne z Pzp. Postępowanie prowadzone było w tzw. „procedurze odwróconej” (art. 24 aa Pzp). Zgodnie z punktem 4 części IV SIWZ, Zamawiający podał, że w ofertę stanowiąc będą: wypełniony Formularz ofertowy — według załącznika 1 do SIWZ, oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące treść zobowiązania wykonawcy. Tym samym Zamawiający jednoznacznie zdefiniował zakres oświadczeń woli, jaki mieli w postępowaniu złożyć wykonawcy składający ofertę. Wykonawcy mieli złożyć również oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (według załącznika nr 3 do SIWZ) oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania (według załącznika nr 4 do SIWZ). Wobec zastosowania tzw. procedury odwróconej, oba oświadczenia mogły być również złożone w terminie, o którym mowa w pkt 3 części IV SIWZ, a więc po dniu otwarcia ofert. W dniu składania i otwarcia ofert, zgodnie z treścią SIWZ, wykonawcy zobowiązani byli natomiast do złożenia: pełnomocnictwa — o ile zostało ono udzielone, wypełnionego Formularza ofertowego według załącznika nr 1 do SIWZ oraz potwierdzenia wniesienia wadium.

Złożona przez Odwołującego oferta składała się m. in. z formularza ofertowego wraz z oświadczeniami o braku podstaw do wykluczenia oraz potwierdzającymi spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Oba oświadczenia, zgodnie z treścią SIWZ, były dokumentami, co do uzupełnienia których Zamawiający byłby zobligowany wezwać wykonawcę, gdyby nie zostały one złożone wraz z ofertą.

W punkcie 9 Formularza ofertowego, Odwołujący przez wpisanie słowa „TAK” wskazał,

że będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego na zasadach określonych w art. 22a Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jako dowód Odwołujący wskazał znajdujący się w aktach postępowania ww. Formularz ofertowy.

W punkcie 9 Formularza Zamawiający żądał wskazania nazw (firm) podmiotów, które udostępniły wykonawcy potencjał wraz z podaniem ich numerów NIP i REGON. Odwołujący, ze względu na niedopatrzenie wynikające z działania pod presją czasu w powiązaniu z pewnego rodzaju „rutyną” wyniesioną z udziału w szeregu innych postępowań przetargowych, w których nie było nigdy potrzeby wpisywania powyższych danych dotyczących podmiotów trzecich, pozostawił te pola niewypełnione. Odwołujący, gdy tylko zdał sobie sprawę z powyższego pominięcia (otrzymawszy wezwanie od Zamawiającego), uzupełnił wszystkie wymagane informacje, na co jednak Zamawiający już nie zważał. W ocenie Odwołującego fakt niewpisania w Formularzu ofertowym nazw (firm), numerów NIP i REGON podmiotów trzecich w żaden sposób nie mógł być interpretowany jako wskazanie, że Odwołujący nie będzie się posługiwał zdolnościami podmiotu trzeciego. W treści Formularza ofertowego Odwołujący wskazał jednoznacznie, że takimi zdolnościami podmiotu trzeciego będzie się posługiwał — w przeciwnej sytuacji nie wpisałby przecież słowa „TAK” w punkcie 9. Pominięcie ww. danych, w obliczu jednoznacznego użycia słowa „TAK”, co do korzystania z potencjału podmiotów trzecich, nie powinno jednak prowadzić do tak surowej sankcji, jaką było wykluczenie Odwołującego z postępowania. Można było bowiem te kwestie wyjaśnić, a nie — jak to zrobił Zamawiający — uciekać się do rozwiązań najbardziej dotkliwych dla Odwołującego.

W załącznikach nr 3 i 4 do SIWZ Odwołujący podpisał oświadczenie dotyczące podmiotu, na którego zdolnościach miał zamiar się opierać, co dodatkowo potwierdzało, że takim podmiotem będzie się posilkował. W przeciwnej sytuacji, gdyby rubryki dotyczące podmiotów trzecich Odwołującego nie dotyczyły, to by się pod nimi nie podpisał. Jako dowód wskazał on znajdujące się w aktach postępowania Załączniki nr 3 i 4 do SIWZ złożone przez Odwołującego wraz z ofertą.

Odwołujący podkreślił, że żaden przepis prawa nie nakłada na wykonawcę obowiązku wpisywania do Formularza oferty nazw (firm) podmiotów, na zasoby których będzie się powoływał wykonawca, ich numerów NIP czy też REGON. Nawet w tzw. procedurze „powyżej progów”, zamawiający nie może żądać w formularzu ofertowym lub też we wstępnym oświadczeniu (JEDZ — rubryka C), podania danych, o których mowa w pkt 9 Formularza oferty. Z treści JEDZ jednoznacznie wynika, że w zakresie polegania na zasobach podmiotu trzeciego, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagane i respektowane jest jedynie udzielenie odpowiedzi o treści TAK/NIE. Według Odwołującego, Zamawiający powinien w przedmiotowym postępowaniu

postępować analogicznie, jak w procedurze „powyżej progów”, która toczy się w oparciu o tą samą ustawę Pzp, a dotyczy postępowań o dużo wyższym znaczeniu dla sfery publicznej ze względu na ich wartość. Skoro zatem udzielenie samej tylko odpowiedzi „TAK” jest wystarczające w postępowaniu „powyżej progów” (JEDZ — rubryka C), to tym bardziej podanie takiej odpowiedzi (oświadczenia) należało uznać za wystarczające w postępowaniu „krajowym”. Jeżeli dla Zamawiającego treść oferty była w omawianym zakresie niejasna, to zobowiązany był on skorzystać z art. 87 ust. 1 Pzp, bowiem wezwanie do złożenia wyjaśnień w przypadku, gdy zaistniały rozbieżności w ofercie przy powoływaniu się na cudze zasoby lub też brak pewności czy Odwołujący faktycznie bazuje jedynie na własnych zdolnościach było obowiązkiem prawnym Zamawiającego.

Wyjaśnienie treści oferty stanowi swoiste „narzędzie” Zamawiającego, dzięki któremu ma on możliwość pozyskania dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości pozwala mu na należyłą ocenę sytuacji (oferty). Zgodnie z orzeczeniem Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30.3.2010 r. (sygn. akt X Ga 7/2010), należy wskazać, że art. 87 ust. 1 Pzp odnosi się do możliwości żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Dotyczy to więc tej części oferty, która jest nieprecyzyjna, niejasna, dwuznaczna, budząca wątpliwości interpretacyjne, jest niedopatrzaniem, lub błędem, niezamierzonym opuszczeniem, lecz wyrażona w treści oferty. Powyższe niewątpliwie zachodziło w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający miał zatem obowiązek w wezwaniu skierowanym do Odwołującego wskazać, w jakim zakresie oraz na jakiej podstawie powziął wątpliwości, co do treści jego oferty oraz zażądać stosownych wyjaśnień w zakresie samodzielnego wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub bazowania w tym zakresie na cudzym potencjale. Dopiero odpowiedź uzyskana od Odwołującego pozwoliłaby Zamawiającemu podjąć prawidłowe działania. Jeżeli wynikałoby z takiej odpowiedzi, że Odwołujący bazuje na potencjale podmiotu trzeciego, to Zamawiający byłby zobowiązany do wezwania go na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oświadczeń, o których mowa powyżej, tj. załącznika nr 3 i 4 do SIWZ oraz zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji tego zamówienia.

Odnosząc się natomiast do powoływania się przez Zamawiającego na treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4.5.2017 r., C-387/14 w sprawie Esaprojekt, Odwołujący podkreślił, że Zamawiający powołał się na ustalenia, które nie odnosiły się do stanu faktycznego postępowania, gdyż skutki tego wyroku ograniczają się jedynie do przypadków, gdy wykonawca, który w chwili składania ofert pierwotnie opiera się jedynie na własnych zdolnościach, powołuje się na zdolności podmiotów trzecich dopiero na etapie wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków

udziału w postępowaniu.

W ocenie Odwołującego punkt 7 Formularza ofertowego dotyczył wpisania elementów zamówienia, które wykonawcy zamierzali powierzyć podwykonawcom, a więc treść, jaka winna być tutaj wpisana, to wskazanie zakresów prac, jakie mają realizować podwykonawcy, w przypadku gdy byli oni już znani na tym etapie postępowania. W punkcie 8 Formularza ofertowego Zamawiający żądał natomiast podania nazw firm, numerów NIP oraz REGON podwykonawców, o których mowa w pkt 7 Formularza ofertowego, a więc tych podmiotów nie będących zasobem, którym wykonawca posłuży się przy realizacji zamówienia. Dlatego też jedynie punkt 9 Formularza ofertowego miał zastosowanie w sprawie, tj. winien być wypełniony i podlegać dalszej analizie. Punktów 7-8 i 9 Formularza ofertowego nie należało łączyć podczas badania oferty z uwagi na fakt, że podwykonawcą nie musi być jednocześnie podmiot, na którego wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a Pzp w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przecież jeżeli wykonawca sam spełnia warunki udziału w danym postępowaniu i planuje, aby realizować zamówienie w przyszłości przy udziale podwykonawców, to nie musiał wypełniać punktu 9 Formularza ofertowego, lecz punkty 7-8. W sytuacji, gdy wykonawca posługiwał się zdolnościami podmiotów trzecich w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zobowiązany był wypełnić jedynie punkt 9 Formularza. Niczym nie uzasadniony był wymóg podania nazwy podmiotu trzeciego oraz jego numeru NIP i REGON, bowiem informacja taka niczego nie wносиła. Istotą wymaganego oświadczenia na tym etapie postępowania było wskazanie czy wykonawca będzie polegał na zdolnościach podmiotów trzecich czy też nie, nie zaś czy będzie polegał na konkretnym wykonawcy.

Odwołujący wskazał również, że opisane działania Zamawiającego naruszały wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający nie mógł pominąć, obowiązków wynikających z treści ustawy Pzp, tj. zastosowania art. 87 ust. 1 Pzp względnie art. 26 ust. 4 Pzp i prowadzić postępowania w sposób, który uniemożliwił Odwołującemu wykazanie się zdolnościami podmiotu trzeciego celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy z treści jego oferty nie wynikało, by Odwołujący oświadczył, że będzie bazował jedynie na własnym doświadczeniu.

Zamawiający złożył na posiedzeniu pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Zamawiający potwierdził stan faktyczny sprawy przedstawiony w uzasadnieniu Odwołania wskazując ponadto:

W dniu 14 maja 2019 r., działając w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których

mowa w art. 25 ust. 1 Pzp zgodnie z postanowienia SIWZ. W odpowiedzi, Odwołujący złożył dokumenty dotyczące doświadczenia zawodowego podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Budowlanego Terminus III Sp. z o.o., mimo że w złożonej ofercie Odwołujący nie powołał się na zasoby innych podmiotów. Uznając, że niedopuszczalne jest powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w przypadku wykazania w ofercie osobistego zobowiązania wykonania zamówienia, w dniu 21 maja 2019 r., działając w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. potwierdzających osobiste wykonywanie przedmiotu zamówienia. W odpowiedzi, w dniu 24 maja 2019 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia i oświadczenie, że w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na zasobach podmiotu trzeciego zgodnie ze złożoną ofertą, wskazując Przedsiębiorstwo Budowlane Terminus III Sp. z o.o. oraz składając zobowiązanie ww. podmiotu do oddania do dyspozycji Odwołującego zasobów niezbędnych na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających spełnienie przez warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, tj. dokumentów potwierdzających osobiste wykonywanie robót.

Zamawiający uznał za niedopuszczalne wskazanie po upływie terminu składania ofert, że zamówienie będzie zrealizowane w określonym zakresie przez podmiot trzeci oraz dostarczenie zobowiązania tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia. W takiej sytuacji nie zachodziły zatem przesłanki do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp lub do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Jeżeli działanie Zamawiającego doprowadziłoby do złożenia przez oferenta oświadczenia o powoływanie się na zasoby podmiotu trzeciego, to takie uzupełnienie dokumentów miałyby bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkowałoby ono samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie. Wpłynęłoby także na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usług. Uznanie takiego oświadczenia za skuteczne doprowadziłoby w konsekwencji do zmiany oferty, która byłaby niedopuszczalna w świetle art. 87 ust. 2 pkt 1-3 Pzp, który dopuszcza możliwość poprawienia w ofercie wyłącznie oczywistych omyłek pisarskich, oczywistych omyłek rachunkowych (z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek) oraz innych omyłek polegających

na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Stanowiłoby to de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. Do obowiązków Zamawiającego należało zapewnienie, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez Odwołującego nowej oferty.

Zamawiający wniósł o dopuszczenie dowodu z następujących dokumentów:

1. Pismo Zamawiającego z dnia 14 maja 2019 r. (w aktach sprawy),
2. Pismo Zamawiającego z dnia 21 maja 2019 r. (w aktach sprawy),
3. SIWZ.

Przystępujący Z.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „WŁOMEX” Z.W. (Dalej Przystępujący) wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. Przystępujący uzasadnił wniosek wskazując, że odwołanie zostało złożone po terminie – zarzut odwołania zbudowany został na okoliczności faktycznej, która była znana Odwołującemu dużo wcześniej, tj. uznaniu przez Zamawiającego, że Odwołujący nie polega na zasobach podmiotu trzeciego. W tej sytuacji Odwołujący znając stanowisko Zamawiającego powinien wcześniej skorzystać ze środka ochrony prawnej. Odpowiedzi jakich Odwołujący udzielał na wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów dowodzą tego, że miał on pełną świadomość sposobu w jaki Zamawiający interpretuje treść oferty Odwołującego. Ponadto argumentacja, że Zamawiający niesłusznie żądał podania na etapie składania ofert nazw wykonawców i podmiotów, na których potencjale polegać będzie Odwołujący również wskazuje, że odwołanie jest spóźnione. Odwołujący nie zgadzając się z ww. żądaniem Zamawiającego powinien w odpowiednim terminie zaskarżyć treść SIWZ.

W toku rozprawy Przystępujący w pełni poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia

przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Izba oddaliła wniosek Przystępującego o odrzucenie odwołania. W dniu 24 maja 2019 r. Odwołujący skierował pismo do Zamawiającego, będące odpowiedzią na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, do którego to pisma Zamawiający w żaden sposób się nie ustosunkował. W dniu 29 maja 2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wydłużenia terminu związania ofertą. Odwołujący wyraził zgodę na przedłużenie terminu wiązania ofertą 3 czerwca 2019 r., a 11 czerwca 2019 r. Zamawiający opublikował informację o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Nie ulega zatem wątpliwości, że dopiero 11 czerwca 2019 r. Odwołujący dowiedział się jaką decyzję podjął Zamawiający w stosunku do jego oferty, a co za tym idzie dopiero od tego dnia należało liczyć termin do wniesienia środka odwoławczego. Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie zostało wniesione w terminie i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba uwzględniła wszystkie wnioski dowodowe Stron i przeprowadziła dowód z wskazanych przez nie dokumentów znajdujących się w aktach postępowania.

Zarzuty odwołania, tj. zarzut naruszenia:

- 1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego z postępowania, mimo że spełniał on warunki udziału w postępowaniu i wykazał brak podstaw do wykluczenia go z postępowania**
- 2. art. 24 ust. 4 Pzp przez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą, mimo że nie podlegał on wykluczeniu,**
- 3. art. 87 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, mimo że zaistniały wątpliwości uzasadniające złożenie takich wyjaśnień,**
- 4. art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, mimo że zaistniały wątpliwości co do treści oświadczeń złożonych przez Odwołującego,**
- 5. art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,**

6. art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla części I i III zamówienia, mimo że jego oferta była ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ nie potwierdziły się.

Izba ustaliła, że stan faktyczny, w pełni odpowiada opisowi przedstawionemu w uzasadnieniu odwołania oraz w odpowiedzi na odwołanie, w szczególności co do sposobu wypełnienia przez Odwołującego Formularza ofertowego oraz załączników nr 3 i 4.

Punkt 7 Formularza ofertowego – „Następujące elementy zamówienia zamierzamy zlecić podwykonawcom:” nie został przez Odwołującego wypełniony. Ustalenie to miało kluczowe znaczenie dla oceny decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania. Zgodnie z 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”. W świetle przytoczonego przepisu niewypełnienie przez Odwołującego punktu 7 Formularza ofertowego wykluczyło możliwość powołania się przez niego na potencjał podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący określił tym samym, że całość przedmiotu zamówienia ma zamiar wykonać samodzielnie. Wpisanie słowa „TAK” w punkcie 9 Formularza ofertowego – „Nazwy (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu:” nie miało w tej sytuacji znaczenia. By móc skutecznie powołać się na potencjał podmiotu trzeciego Odwołujący powinien wskazać jakie części przedmiotu zamówienia ma zamiar powierzyć do wykonania temu podmiotowi. Słowo „TAK” w punkcie 9 Formularza ofertowego Odwołującego nie dawało też Zamawiającemu wystarczających podstaw do domniemania, że Odwołujący ma zamiar powołać się na potencjał podmiotu trzeciego. Zadaniem Zamawiającego jest ocena ofert, a nie ich interpretacja i domniemywanie intencji wykonawcy, co do treści oferty, jej zakresu czy też zamierzanego sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Z tego względu obowiązkiem wykonawców jest przygotowanie ofert z należytą starannością, tak by treść i zakres proponowanego zamawiającemu świadczenia określony był jednoznacznie. Skutki odstąpienia od tego obowiązku i wszelkie wynikające stąd ryzyko obciąża wykonawcę składającego ofertę.

Odwołujący nie miał podstaw do skutecznego powołania się na potencjał podmiotu trzeciego, zatem by uniknąć wykluczenia z postępowania powinien w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 21 maja 2019 roku do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wykazać, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamiast tego

Odwołujący podjął polemikę z Zamawiającym, co do zasadności przedmiotowego wezwania w znacznej mierze pokrywającą się z argumentacją zawartą w uzasadnieniu odwołania. Odwołujący złożył ponadto poprawione załączniki nr 3 i 4 do SIWZ dotyczące podmiotu trzeciego, na którego potencjał próbował powołać się Odwołujący na wcześniejszym etapie.

W tej sytuacji Izba uznała, że postępowanie Zamawiającego było zasadne. Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, więc wobec bezowocnego wykorzystania przez Zamawiającego procedury z art. 26 ust. 3 Pzp, jedynym prawidłowym postępowaniem mogło być wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Przepis ten stanowi, że „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 albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia”. W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że przesłanki z przywołanego przepisu zostały wypełnione, zatem postępowanie Zamawiającego było prawidłowe i zgodne z prawem. Ponadto próba uzupełnienia i dookreślenia treści oferty, jaką podjął Odwołujący składając poprawione załączniki nr 3 i 4 do SIWZ po upływie terminu składania ofert nie mogła zostać przez Zamawiającego wzięta pod uwagę, gdyż stanowiłoby to niedopuszczalną zmianę treści oferty w rozumieniu art. 87 ust. 1 Pzp.

W konsekwencji Izba uznała za prawidłowe odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp („Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą”).

W ocenie Izby nie zaistniały przesłanki do wezwania Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 Pzp lub 26 ust. 4 Pzp. Art. 26 ust. 4 Pzp stanowi: „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”. Art. 87 ust. 1 Pzp – „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści”. Oba te przepisy służyć mają wyjaśnianiu wątpliwości zamawiającego, nie zaś uzupełnianiu ofert czy niwelowaniu skutków niedbałego bądź niejednoznacznego sformułowania treści ofert.

W ocenie Izby podstawowym, faktycznym powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania jest niezachowanie przez niego należytej staranności podczas przygotowywania oferty. Zamawiający nie miał żadnego obowiązku wzywać Odwołującego do dalszych wyjaśnień, skoro odpowiedź Odwołującego na wezwanie z 21 maja 2019 r. rozwiązała wszelkie ewentualne wątpliwości Zamawiającego.

Tym samym nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania

uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców i art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej dla części I i III zamówienia. Jak zostało wskazane wyżej Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a jego oferta odrzuceniu na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp. W tej sytuacji czynności Zamawiającego były w pełni zgodne z Pzp i nie naruszały zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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. Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

.....