

Sygn. akt: KIO 2266/17

WYROK
z dnia 8 listopada 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2017 r. przez **Wykonawcę – B. C. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Giardino B. C.** w Szczecinie, ul. Adama Asnyka 9 lok. 2 (71-526 Szczecin) w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Świebodzice**, Rynek 1 (58-160 Świebodzice)

orzeka:

- 1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania i nakazuje powtórzyć czynność badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
- 2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Świebodzice i:
- 2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr.** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Wykonawcę B. C. tytułem wpisu od odwołania;
- 2.3 zasądza od Zamawiającego Gminy Świebodzice na rzecz Wykonawcy B. C. kwotę **13.998 zł 88 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych osiemdziesiąt osiem groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika i kosztami dojazdu na posiedzenie Izby.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Świebodzice na *rozwój funkcji zdrowotnych i rekreacyjnych w Gminie Świebodzice poprzez tworzenie i odnowienie terenów zieleni w celu poprawy jakości życia mieszkańców* (nr ref.: ZP.271.19A.2017), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 24 sierpnia 2017 r. pod nr 576532-N-2017, wobec czynności badania i oceny ofert mających prowadzić do wadliwego wyniku postępowania, Wykonawca B. C. (Giardino B. C. – dalej jako Odwołujący) wniósł w dniu 29 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2266/17).

Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej (REJJS R. L.) oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty pismem z dnia 25 października 2017 r. drogą mailową w dniu 25.10.2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że czynności podjęte w postępowaniu zostały dokonane w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania z naruszeniem przepisów Ustawy. W szczególności naruszają dyspozycję:

- art. 7 ust. 1 Ustawy poprzez sugestywne wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, sugerujące niekorzystną dla Wykonawcy odpowiedź, wykorzystaną później do wykluczenia go z postępowania,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy poprzez jego niezasadne zastosowanie oraz
- art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy poprzez jego niezasadne zastosowanie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia go z postępowania i odrzucenia jego oferty i nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 Ustawy) Odwołujący odniósł się do wezwania Zamawiającego z dnia 28.09.2017 r. o wyjaśnienia, którego fragment przytoczył w odwołaniu, mające sugerować potrzebę udzielenia odpowiedzi wskazującej na B.P. Format, jako podmiotu na zasobach, którego polega. W ofercie podmiot ten został wskazany jako podwykonawca prac projektowych, natomiast z odpowiedzi udzielonej Zamawiającemu wraz z załączonymi dokumentami wynikało, iż Wykonawca korzysta z zasobów kadrowych tego podmiotu w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu opisanych w pkt 4.1 ppkt 2 lit. c tieret drugie siwz. Odwołujący wskazał, iż nie było potrzeby załączania dokumentów do wyjaśnień, gdyż samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Do pełnienia każdej

wymaganej przez Zamawiającego funkcji Odwołujący dysponował bezpośrednio jedną osobą spełniającą wymagania. Gdyby nie sugestia Zamawiającego, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu tylko za pomocą podmiotu „B.P. Format”, wyjaśniłby jedynie, że osobami wskazanymi na potwierdzenie spełnienia warunki dysponuje bezpośrednio na podstawie umów zleceń, co potwierdził już w wyjaśnieniach z dnia 29.09.2017 r. Natomiast osoby zatrudnione przez ten podmiot będą uczestniczyć w realizacji zamówienia na podstawie umowy podwykonawczej, zawartej w formie umowy zlecenia z Biurem Projektów Architektonicznych „Format” z Gostynina. To sugerujące odpowiedź (potrzebę wykazania jeszcze bardziej zdolności technicznej) żądanie Zamawiającego wyjaśnienia treści dokumentów doprowadziło do sytuacji, w której Odwołujący, mimo że samodzielnie spełniał warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, pokusił się bardziej wykazać tę zdolność z powołaniem się na zasoby podmiotu, którego wcześniej w ofercie i dokumentach złożonych wraz z ofertą wskazał, jako podwykonawcę części projektowej.

W zakresie zarzutu dotyczącego braku podstaw do wykluczenia z postępowania Odwołujący wskazał na wykaz osób posiadających niezbędne uprawnienia, które będą brały udział w realizacji zadania, złożony Zamawiającemu w trybie art. 26 ust. 2 Ustawy. W pkt 9 formularza ofertowego Wykonawca wskazał, iż część projektową wykona podwykonawca B.P. „Format” oraz projektanci o specjalnościach, co ma wskazywać na założenie, iż część projektową wykonać miały osoby zatrudnione przez B.P. „Format” oraz inni projektanci o specjalnościach wymaganych przez Zamawiającego, zatrudnieni bezpośrednio przez Odwołującego. Ściśle mówiąc, prace projektowe miał wykonać zespół projektowy powołany spośród projektantów zatrudnionych przez „Format” i Odwołującego. Odwołujący w wykazie wskazał wszystkie osoby wchodzące w skład tego zespołu, który w założeniu miał realizować część projektową. Wskazane zostały po dwie osoby w każdej ze specjalności, w tym jedna na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zatrudniana przez Odwołującego) i druga jako biorąca udział w realizacji zamówienia (zatrudniona przez „Format”). Wezwanie Zamawiającego sugerowało, iż Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu tylko wraz z projektantami podmiotu „Format”, co sprowokowało Odwołującego do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu ze wskazaniem na potencjał również tego podmiotu. Było to działanie zbędne, gdyż wskazane w wykazie osoby zatrudniane przez Odwołującego, wystarczały do tego aby uznać, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu. W ofercie „Format” wskazany został, jako podwykonawca części projektowej, a w załączniku nr 2 do siwz Wykonawca oświadczył, iż nie polega na zasobach innych podmiotów, zaś w załączniku nr 3 oświadczył, iż „Format” jako podwykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Odwołujący nie zgadza się z oceną Zamawiającego, jaką ten zaprezentował w uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu z postępowania, sprowadzającej się do stwierdzenia, że Wykonawca dopuścił się zmiany treści oferty. Dokumenty podmiotowe składane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia nie stanowią treści oferty. Wyjaśnienia składane były Zamawiającemu na podstawie art. 26 ust 4 Ustawy, a nie art. 87 ust. 1 Ustawy, który odnosi się do treści oferty. Wyjaśnienia nie zmieniały również tego, że „Format” był wpisany w treści formularza oferty, jako podwykonawca i jego status nie uległ zmianie, podobnie jak zakres prac, które ma wykonywać. W sprawie istotne jest to, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu i złożone wyjaśnienia wraz z dokumentami nie powinny wpływać na tą ocenę. Zamawiający powinien pominąć złożone nadmiarowo przy wyjaśnieniach zobowiązanie podmiotu trzeciego, jak i uzupełnione załączniki nr 2 i 3 do siwz i dokonać weryfikacji podmiotowej Wykonawcy w oparciu o osoby wskazane w wykazie, z którymi zawarte zostaną umowy zlecenia. Ponieważ Wykonawca wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu Zamawiający nie był uprawniony do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy, a w konsekwencji odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Ustawy.

Stanowisko Izby.

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności/zaniechań Zamawiającego. W świetle stanu faktycznego, w którym oferta Odwołującego nie jest brana pod uwagę, gdyż Wykonawca został wykluczony z postępowania, kwestionowanie czynności, które doprowadziły do tej sytuacji ma na celu wzruszenie wadliwego wyniku postępowania i wskazania, jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Odwołujący posiadał zatem, w momencie wnoszenia odwołania, interes w zakwestionowaniu działań Zamawiającego, których utrzymanie w mocy oznaczałoby, iż utraciłby on szansę na uzyskanie zamówienia. W świetle powyższego Izba

uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym protokołu postępowania, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego i jego wyjaśnień oraz stanowisk stron prezentowanych na rozprawie, Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest według procedury dla zamówień o wartości nie przekraczającej progów unijnych (opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych). Zamawiający w siwz w pkt 4 opisał warunki udziału w postępowaniu między innymi wskazując na wymaganą zdolność techniczną opisaną przez pryzmat osób mających uczestniczyć w realizacji zamówienia dla części obejmującej prace projektowe w specjalnościach: architektonicznej, konstrukcyjno-budowlanej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacji, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych oraz drogowej. Zamawiający wymagał, aby osoby te posiadały uprawnienia budowlane do projektowania bez ograniczeń. W pkt 4.1 ppkt 3 siwz Zamawiający wskazał, 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.

Na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia oświadczeń w zakresie wskazanym w załącznikach nr 2 i 3 do siwz, a w przypadku powoływania się na zasoby innych podmiotów (...), informacji o tych podmiotach oraz zobowiązania podmiotu trzeciego – jeżeli wykonawca polega na zasobach lub sytuacji podmiotu trzeciego (pkt 5.1 siwz). Zamawiający przewidział konieczność złożenia przez wykonawcę, którego ofertę oceni najwyżej, dokumentów potwierdzających oświadczenia złożone w ofercie, w tym między innymi wykazu osób, zgodnego ze wzorem stanowiącym załącznik nr 6 do siwz (pkt 5.3 siwz).

W postępowaniu oferty złożyło czterech wykonawców. Najniższą cenę zaoferował Odwołujący (7.497.156,03 zł). W formularzu oferty w pkt 9 wskazał na części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy: *Część projektową wykona firma podwykonawcy: B.P. „Format” oraz projektanci o specjaln. Część wykonawczą robót wykona firma podwykonawcy: Giardino Sp. z o.o. i inni podwykonawcy branżowi.* W załącznikach nr 2 i 3 do siwz Odwołujący przekreślił oświadczenia dotyczące polegania na zasobach innych podmiotów i braku podstaw do wykluczenia tych podmiotów z postępowania.

Pismem z dnia 15.09.2017 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 2 Ustawy Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Ustawy, w tym m.in. wykazu osób.

W dniu 22.09.2017 r. Odwołujący przedłożył dokumenty, w tym wykaz osób posiadających niezbędne uprawnienia, które będą brały udział w realizacji zadania, sporządzony na załączniku nr 6 do siwz, załączając dodatkowo kopie uprawnień budowlanych (nie wymaganych). Wykaz podzielony został na dwie części, pierwsza dotyczyła prac projektowych, dla której wskazane zostały po dwie osoby w każdej ze specjalności: architektoniczna, konstrukcyjno-budowlana, instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, instalacyjna w zakresie sieci, instalacji i urządzeń elektrycznych i elektroenergetycznych, architekt krajobrazu. Jako pierwsze wskazane zostały osoby, jakimi Wykonawca dysponować będzie na podstawie „umowy”, a poniżej wskazani zostali specjaliści, do których dostęp wynikać ma z „umowy Format”.

W dniu 28.09.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Ustawy oświadczeń i dokumentów wskazując, iż z opisu podstawy do dysponowania osobami wskazanymi w wykazie nie wynika rodzaj umowy, na podstawie której osoby zostaną zatrudnione, co wymaga wyjaśnienia (np. umowa o pracę, umowa zlecenia, itp.). Ponadto, Zamawiający wskazał, że z treści złożonych dokumentów wynika, że *Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu tylko z pomocą podmiotu o nazwie „B.P Format”, a więc zapewne faktycznie jest to podmiot trzeci w rozumieniu art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych – który jednocześnie stanowił będzie podwykonawcę tego zamówienia. Proszę również o wyjaśnienie tej kwestii albowiem nie wynika ona w sposób jednoznaczny z treści oferty Wykonawcy. Sposób wykazania spełnienia warunku w postępowaniu przez Wykonawcę: czy też samodzielnie, czy też za pomocą tzw. „podmiotu trzeciego” ma w ocenie Zamawiającego doniosłe znaczenie w procesie oceny i kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy. Dlatego też wyjaśnienie tego zagadnienia staje się konieczne i uzasadnione.*

Wykonawca w wyjaśnieniach z dnia 29.09.2017 r. wskazał, iż stworzył zespół projektowy, którego częścią jest B.P.A „Format” z Gostynina, a strony łączy umowa zlecenia z dnia 08.08.2017 r. na „Prace projektowe na podstawie wytycznych zawartych w siwz, PFU oraz uzgodnień z uwzględnieniem branż na potrzeby całościowej realizacji inwestycji” i załączył tą umowę. Ponadto wskazał, iż na potrzeby tego zespołu ze specjalistami zawarte zostały umowy zlecenia, tym samym spełniając stawiane w siwz pkt 4.1 siwz wymagania odnośnie zdolności technicznej. *Aby bezspornie wykazać Zamawiającemu zdolność techniczną do realizacji niniejszego zadania w załączeniu przedkładam oddanie do dyspozycji na potrzeby*

wykonania zamówienia podwykonawcy B.P.A „Format” w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Przekazuję również skorygowane: załącznik nr 2 oraz załącznik nr 3. W umowie zlecenia zawartej pomiędzy B. C., a BPA FORMAT J. W.-J. wskazani zostali projektanci podani w wykazie osób, w pozycji drugiej każdej ze specjalności. Umowa ta ma charakter otwarty w tym znaczeniu, iż strony każdorazowo aneksem ustalać mają szczegółowy zakres prac oraz termin realizacji w zależności od zakresu prac będących przedmiotem zlecenia. Z załączonego zobowiązania podmiotu trzeciego wynika, iż oddane zostają Wykonawcy zasoby: wiedza i doświadczenie oraz osoby zdolne do wykonania zamówienia, które będą wykorzystywane w formule podwykonawstwa. W zmienionych załącznikach nr 2 i 3 podmiot trzeci został wskazany jako podmiot, na którego zasobach Wykonawca polega w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie: zdolność techniczna dla części obejmującej prace projektowe.

Odwołujący dodatkowo skierował do Zamawiającego pismo datowane na dzień 17.10.2017 r. (złożone 23.10.2017 r.), w którym odnosił się do złożonych wyjaśnień wskazując, iż spełnia samodzielnie wymogi stawiane w SIWZ, a przekazanie informacji o pełnym składzie zespołu projektowego, w tym projektantach znajdujących się w zespole w oparciu o umowę zawartą z firmą FORMAT, leżało w obowiązku Wykonawcy i w jego ocenie nie ma żadnego wpływu na ocenę oferty, gdyż wymogi stawiane w siwz Wykonawca spełnia samodzielnie.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy uznając, iż nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu tej decyzji wskazał, iż złożonymi wyjaśnieniami wraz z dokumentami Wykonawca, wbrew wcześniejszej deklaracji zawartej w ofercie, zmienił w sposób znaczący jej treść, gdyż wyjaśnienia zawierały oświadczenie podmiotu trzeciego o przekazaniu potencjału Wykonawcy, co w obecnym stanie prawnym jest niedopuszczalne (art. 22a Ustawy). Kwestia ta zmusiła zatem Zamawiającego do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu. Zamawiający oparł swoje stanowisko na wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-387/14 *Esaprojekt*, w świetle którego takie uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim Wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach. Dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, co stanowiłoby istotną zmianę pierwotnej oferty. Zamawiający dodatkowo wskazał, iż do oferty należało dołączyć zobowiązanie podmiotu trzeciego, w przypadku gdy Wykonawca powoływał się na jego potencjał w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 25.10.2017 r.).

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega uwzględnieniu.

O rozstrzygnięciu decydowała ocena stanu faktycznego ustalonego w oparciu o dokumentację postępowania, w szczególności uzasadnienie wskazane dla czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania. Jak sam Zamawiający podsumował na rozprawie, przyczyną podjętej decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania było stwierdzenie, iż wyjaśnienia Wykonawcy z 29.09.2017 r. doprowadziły do zmiany treści oferty (w zakresie oświadczenia o braku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego), co stało na przeszkodzie uwzględnieniu potencjału kadrowego ujętego w wykazie osób skierowanych do wykonania zamówienia. Zamawiający jednocześnie oświadczył, iż nie dokończył oceny podmiotowej tego Wykonawcy, gdyż w świetle orzecznictwa ETS Wykonawca nie mógł powołać się na potencjał podmiotu, którego nie wskazał w ofercie w tym charakterze, stąd nie kierował wezwań do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów mających potwierdzać, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu (Wykonawca nie mógłby wskazać innych specjalistów niż wskazani pierwotnie w wykazie). Dopiero na rozprawie Zamawiający argumentował, iż Odwołujący nie potwierdził spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż w wykazie nie został wskazany specjalista w specjalności drogowej dla części projektowej, a osoba wskazana w specjalności konstrukcyjno-budowlanej (p. M G.) nie posiada uprawnień bez ograniczeń.

Uwzględniając powyższe, Izba odnosiła się w pierwszej kolejności do treści wyjaśnień w celu określenia ich skutków dla oceny podmiotowej Wykonawcy. Izba uwzględniając treść oferty oraz wyjaśnienia przekazane Zamawiającemu w toku postępowania, a także stanowisko Odwołującego prezentowane na rozprawie doszła do przekonania, iż Wykonawca składając ofertę zakładał, iż samodzielnie może wykazać się wymaganym potencjałem kadrowym, chociaż do realizacji zamówienia zamierzał skierować również pracowników podmiotu zewnętrznego - firmy BPA FORMAT J. W.-J. (dalej jako Format). Wskazuje na to zarówno oświadczenie własne, z formularza ofertowego, wykaz osób złożony na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 Ustawy, jak i wyjaśnienia złożone w toku postępowania potwierdzające zamiar zaangażowania podwykonawcy w części prac projektowych. W piśmie z dnia 17.10.2017 r. (wniesione do Zamawiającego 23.10.2017 r.), złożonym z własnej inicjatywy jeszcze przed zakończeniem czynności badania i oceny ofert, Odwołujący podkreślał, iż spełnia samodzielnie wymogi stawiane w SIWZ, a przekazanie informacji o pełnym składzie zespołu projektowego, w tym projektantach znajdujących się w zespole w oparciu o umowę zawartą z firmą Format, leżało w obowiązku Wykonawcy i w jego ocenie nie ma żadnego wpływu na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Również na rozprawie Wykonawca konsekwentnie wyjaśniał, iż część z osób wskazanych w wykazie (na pozycjach pierwszych) wystarczała do uznania, iż spełnia on warunki udziału w

postępowaniu, natomiast pozostałe osoby składają się na zespół, który będzie realizował zamówienie w części projektowej (z udziałem podwykonawcy – Format).

Odnosząc się do wyjaśnień z dnia 29.09.2017 r., w których Odwołujący argumentował: *Aby bezspornie wykazać Zamawiającemu zdolność techniczną do realizacji niniejszego zadania w załączeniu przedkładam oddanie do dyspozycji na potrzeby wykonania zamówienia podwykonawcy B.P.A „Format” w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Przekazuję również skorygowane: załącznik nr 2 oraz załącznik nr 3*, Izba uznała, iż nie mogły one prowadzić do konkluzji, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Oceny tej należało bowiem dokonać z uwzględnieniem okoliczności, która od początku wynikała z treści oferty i również na skutek składanych wyjaśnień nie uległa zmianie, jaką jest udział podmiotu Format w wykonaniu zamówienia w charakterze podwykonawcy prac w części projektowej. Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy faktycznie nie dokonał oceny potencjału wskazanego w wykazie osób, opierając swoją decyzję wyłącznie na stwierdzeniu, iż nie mogło być skutecznym powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego, który nie był wskazany w ofercie w tym charakterze.

W niniejszej sprawie Zamawiający powołał się na skutki wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 4.05.2017 r. w sprawie C-387 *Esaprojekt*, w aspekcie możliwego zakresu uzupełnienia treści oferty, w którym Trybunał stwierdził, iż „1. *Artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 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.*” Udzielona odpowiedź na pytanie prejudycjalne wynikała z analizy przepisu obowiązującej wówczas dyrektywy klasycznej (2004/18/WE), do którego rozumienia odnosił się m.in. wyrok z 10.10.2013 r. w sprawie C-336/12 *Manova*, w którym Trybunał stwierdził, iż „Zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie

wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata. Żądanie takie nie może powodować nieuzasadnionego bardziej lub mniej korzystnego traktowania kandydata lub kandydatów, do których zostało skierowane."

W ocenie składu orzekającego, wywiedzione przez Zamawiającego wnioski, co do znaczenie przywołanego orzecznictwa TSUE, w świetle okoliczności związanych z niniejszym stanem faktycznym, nie były poprawne. Przede wszystkim zastrzeżenia można mieć co do przyjęcia, iż wskazanie Format, jako podmiotu trzeciego na potencjale, którego Wykonawca zamierza wykazać się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu, prowadziło do zmiany oferty, którą w orzecznictwie oceniono jako naruszającą zasadę równego traktowania wykonawców. Orzeczenia TSUE zachowują swoją aktualność na gruncie obecnie obowiązującej dyrektywy 2014/24/WE w tym zakresie, iż wskazują na możliwość uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, których nie złożono w ofercie, co w niniejszej sprawie odnieść należało do oświadczenia o korzystaniu z potencjału podmiotów trzecich oraz zobowiązania podmiotu trzeciego o udostępnieniu zasobów wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Oświadczenia te miały być bowiem złożone w ofercie, a jak wynika to z akt sprawy, oświadczenie Odwołującego złożone w ofercie wskazywało na zamiar wykazania się własnym potencjałem kadrowym. Aby prawidłowo ocenić, w jaki sposób dotychczasowe orzecznictwo TSUE należy odnieść do aktualnego stanu prawnego, należy uwzględnić zmianę, jaką wprowadza art. 63 ust. 1 dyrektywy 2014/24/WE w zakresie uprawnień wykonawców do polegania na zasobach podmiotów trzecich i ich zastępowania w toku badania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Niewątpliwie uprawnienie to pozwala na ingerencję w pierwotną treść oferty w taki sposób, iż wskazany podmiot zastępowany jest innym, na potencjale którego wykonawca jest w stanie sprostać wymaganiom stawianym w postępowaniu. Zmiana ta wcześniej kwalifikowana była jako istotna, gdyż dotyczyła strony podmiotowej wykonawcy ubiegającego się o zamówienie. W aktualnym orzecznictwie Izby sygnalizowany był problem konieczności zachowania zasad równego traktowania wykonawców przy wykładni art. 22a ust. 6 Ustawy w kontekście art. 63 ust. 1 dyrektywy w sytuacji, w której wykonawca zamierza zastąpić zasoby własne, zasobami podmiotów trzecich, których nie wskazał w ofercie (wyrok KIO z 28.06.2017r., sygn. akt KIO 1163/17). Płynące z tego orzeczenia wnioski wskazują, iż „(...) nie byłoby zgodnym z zasadą równego traktowania wykonawców dopuszczenie przedłożenia dokumentów dla nowego podmiotu, tylko w sytuacji gdy wykonawca od początku samodzielnie nie mógł wykazać się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu, a więc od początku zakładał skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego. Przy obecnym kształcie przepisów, w szczególności koncepcji weryfikacji zdolności wykonawców na podstawie oświadczenia wstępnego (składanego na formularzu JEDZ), nie można wykluczyć, iż w trakcie trwania procedury zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej, sytuacja wykonawców może ulegać

zmianie, np. w związku z zaangażowaniem środków w inne przedsięwzięcia, co na równi dotyczy wykonawców, którzy korzystają z potencjału podmiotu trzeciego, jak i tych którzy takiej potrzeby nie mieli na moment składania oferty. Ustawodawca w art. 22a ust. 6 Ustawy zasadniczo odniósł się do możliwych zmian, wobec pierwotnych założeń wynikających z oferty, polegających na zastąpieniu podmiotu trzeciego innym lub rezygnacji z tej formuły wykazania spełnienia warunku i samodzielnego wykazania się potencjałem własnym. W ocenie Izby, w mechanizm ten wpisuje się również zmiana polegająca na zastąpieniu potencjału własnego (który np. utracił właściwości wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu), potencjałem innego podmiotu. W obu tych wariantach dochodzi bowiem do wskazania nowego podmiotu dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Trudno jest uzasadnić, dlaczego zmiana podmiotu byłaby dopuszczalna tylko dla tych przypadków, gdzie wykonawca od początku deklarował konieczność skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego (a więc sam nie spełniał warunku udziału w postępowaniu), a tam gdzie wykonawca utracił niezbędne zasoby (choć spełniał warunki składając ofertę lub wniosek), takiej możliwości miałby być pozbawiony. Każdy wykonawca powinien mieć takie same gwarancje skorzystania z mechanizmów przewidzianych w ustawie. Skoro możliwość jaką daje przepis art. 22a ust. 6 Ustawy dopuszcza wskazanie nowego podmiotu trzeciego, to nie można odmówić oceny dokumentów dotyczących nowych podmiotów, tylko dlatego, że wcześniej nie wskazano w ofercie/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tych podmiotów.” Uzupełniając ten wywód można wskazać, iż wskazanie na podmiot trzeci w celu zastąpienia własnych zasobów, które w toku postępowania okazały się być niedostateczne lub utraciły taki walor, powinno być dopuszczone jeżeli można ustalić, iż wykonawca może wykazać istnienie zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału przed terminem złożenia oferty (wniosku). Tylko staranność wykonawców w analizie własnego potencjału lub potencjalnych kontrahentów, poprzedzająca przystąpienie do postępowania, może okazać się skutecznym narzędziem zabezpieczenia interesu w uzyskaniu zamówienia. Jeżeli takiej staranności wykonawcy nie będą dokładać, może się okazać iż doprowadzi to braku możliwości uzupełnienia dokumentów z wykorzystaniem tych możliwości, jakie obecnie przewidziano w Ustawie. Wprowadzone mechanizmy pozwalają na zmianę oświadczenia wstępnego, ale tylko wobec wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania zamówienia, a zatem pozytywna ocena spełnienia warunku powinna rokować w przyszłości realizacją celu, dla którego zamówienie ma być zrealizowane. Trudno byłoby uznać za wiarygodnego partnera wykonawcę, który przystępując do udziału w postępowaniu nie dokonał analizy własnego potencjału lub potencjału partnerów z jakimi zamierzał realizować zamówienie. Skoro zatem ustawodawca w art. 22a ust. 6 Ustawy dopuszcza zmianę podmiotu trzeciego, którego potencjał wykonawca prezentował w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to zarówno do tego wykonawcy, jak i

wykonawcy, który od początku polegał wyłącznie na potencjale własnym powinna być stosowana taka sama miara dla oceny możliwości powołania się na potencjał innego (nowego) podmiotu. Można pokusić się o stwierdzenie, iż miarą tą mogłoby być ustalenie, że wykonawcy zakładali udział podwykonawcy w realizacji zamówienia, co powinno wynikać z treści oferty.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy, należy wskazać, iż podmiot trzeci wskazany w wyjaśnieniach od początku był podmiotem z udziałem którego Wykonawca zamierzał zrealizować zamówienie w charakterze podwykonawcy prac. Co istotne, potencjał tego podmiotu został wskazany w wykazie osób, które będą skierowane do realizacji części zamówienia, w zakresie w jakim Zamawiający odmówił oceny potencjału wymaganego do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nawet jeżeli przyjąć, że wyjaśnienia prowadziły do zmiany treści oferty w związku ze złożonymi nowymi załącznikami oraz oświadczeniem o zamiarze skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego, to faktycznie zmiana ta nie dotyczyła istoty związanej z poleganiem na kwalifikacjach zawodowych pracowników podmiotu trzeciego, jakim jest zapewnienie ich udziału w realizacji zamówienia. Odwołujący od początku w wykazie wskazywał personel podmiotu trzeciego Format w ramach zespołu specjalistów dla części projektowej zamówienia, jednoznacznie deklarując w ofercie udział tego podmiotu w realizacji prac w charakterze podwykonawcy. Ponadto, przedłożone zobowiązanie wraz z umową „otwartą” współpracy pozwalało przyjąć, iż zobowiązanie o udostępnieniu zasobów Wykonawcy faktycznie istniało przed złożeniem oferty, co sam Zamawiający przyznał na rozprawie wywodząc z tej okoliczności negatywne dla Wykonawcy skutki. Zamawiający uznał bowiem, iż zobowiązanie to powinien złożyć w ofercie, aby móc się na nie powołać. Jak sam przyznał, nie wzywał Wykonawcy do uzupełnienia oświadczenia, co jednocześnie nie mogło stanowić podstawy do uznania, iż Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Zasadniczym w sprawie nie było jednak to, czy Wykonawca wyjaśnieniami doprowadził do zmiany oferty, ale wstrzymanie się Zamawiającego przed oceną nawet potencjału własnego Wykonawcy. Gdyby bowiem przyjąć (z czym Izba się nie zgadza w świetle przedstawionej powyżej argumentacji), że wyjaśnienia Odwołującego doprowadziły do niedozwolonej zmiany treści oferty, to przy stwierdzeniu bezskuteczności takiego działania, Zamawiający nie mógł odmówić przeprowadzenia oceny potencjału własnego Wykonawcy. Wskazanie w wezwaniu do wyjaśnień na pewną sugestię co do kierunku oceny, zawierającą się w stwierdzeniu, iż *z treści złożonych dokumentów wynika, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu tylko z pomocą podmiotu o nazwie „B.P Format”, a więc zapewne faktycznie jest to podmiot trzeci w rozumieniu art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych – który jednocześnie stanowił będzie podwykonawcą tego zamówienia*, nie mogło być uznane za

wynik oceny kwalifikacji personelu ujętego w wykazie. Zamawiający dopiero na rozprawie prezentował nowe okoliczności związane z oceną wykazu osób, dotyczące zakresu uprawnień specjalisty w specjalności konstrukcyjno-budowlanej oraz brak specjalisty w specjalności drogowej, co wskazywać mogłoby na konieczność wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy. Ponieważ w uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający nie odnosił się merytorycznie do kwalifikacji personelu, nie stanowiło to przedmiotu zarzutów, a tym samym Izba nie mogła odnieść się do oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym kontekście. Dopiero po przeprowadzeniu pełnej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający powinien przedstawić jej wyniki, od których Wykonawcy przysługiwać będzie prawo do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze wskazane powyżej motywy Izba uwzględniła odwołanie, co wymagało przywrócenia do oceny oferty Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 10.000,00 zł. oraz wykazane rachunkami złożonymi przed zamknięciem rozprawy koszty wynagrodzenia pełnomocnika oraz jego dojazdu na posiedzenie Izby i obciążyła nimi Zamawiającego.

Przewodniczący: