

**WYROK**  
**z dnia 28 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Emil Kawa**

**Protokolant:**           **Mateusz Zientak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 03 sierpnia 2017 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **B. T. L., (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów P., ul. (...)**

przy udziale wykonawcy **C. O. Sp. z o.o. ul. (...)**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego

orzeka

1. Oddala odwołanie
2. Zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (pietnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania
3. Zasadza od odwołującego **B. T. L., (...)** na rzecz zamawiającego **Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów P., ul. (...)** kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset ) złotych, tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

## UZASADNIENIE

Narodowe Centrum Badań Jądrowych Ośrodek Radioizotopów P. ul. (...), dalej zwane „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, na realizację inwestycji p.n.: „*Centrum Projektowania i Syntezy Radiofarmaceutyków Ukierunkowanych Molekularnie – C., dla Narodowego Centrum Badań Jądrowych Ośrodka Radioizotopów P.*” (nr referencyjny: (...)). Publikacja ogłoszenia o zamówieniu nastąpiła w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 25 kwietnia 2017, nr ogłoszenia 153888-2017-PL. Postępowanie jest na etapie oceny ofert.

Zamawiającym w dniu 24 lipca 2017 roku poinformował wykonawcę B. T. L. (...) o, K., dalej zwany „odwołującym” o wykluczeniu go z postępowania oraz uznania złożonej oferty za odrzuconą.

Wykonawca ten w dniu 03 sierpnia 2017 roku wniósł od takiej czynności zamawiającego odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu:

1. zaniechania wezwania Odwołującego o uzupełnienie oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w Postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 UPZP poprzez podanie informacji o wybudowaniu budynku z instalacjami co do rodzaju i rozmiaru określonych w PFU przez Zamawiającego, w zakresie wartości budynku, czasu realizacji oraz podmiotu na rzecz którego budynek został wykonany;
2. wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu z powodu niewykazania informacji wskazanych w pkt 1, a w konsekwencji odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo braku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 UPZP;
3. odmowy pozytywnego rozpatrzenia, uzasadnionego obiektywnymi okolicznościami, wniosku Odwołującego o przedłużenie terminu na złożenie wyjaśnień.

Czynnościom tym zarzucił naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp; art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, choć czynności te mogły mieć miejsce dopiero po zastosowaniu wobec Odwołującego obligatoryjnej procedury wezwania do uzupełnienia brakujących informacji na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp; art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 25a ust. 1 i ust. 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, iż wskazane przez Zamawiającego w sekcji V (*Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków*) 1.3 lit.a) SIWZ informacje potwierdzające posiadane doświadczenie stanowią element oferty, a nie są oświadczeniami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu; art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia

potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i wezwanie Odwołującego na jego podstawie o uzupełnienie informacji zawartej w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia.

Podnosząc powyższe wniósł o :

1. uwzględnienie odwołania;
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 UPZP pismem z dnia 4 lipca 2017 roku;
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty z tego powodu;
4. nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w sekcji V pkt 1.3. SIWZ w trybie określonym w art. 26 ust. 3 UPZP;
5. w przypadku potwierdzenia przez Odwołującego spełniania warunków udziału w postępowaniu, nakazanie Zamawiającemu dokonania wyboru oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu

Na wstępie podał, że zgodnie z informacją z sesji otwarcia ofert z dnia 29 czerwca 2017 roku, cena oferty złożonej przez Odwołującego było najniższa, a cena stanowiła jedyne kryterium oceny ofert, w związku z czym oferta Odwołującego była najkorzystniejsza.

Zgodnie z sekcją V.1.3 lit. a) SIWZ, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, Wykonawca zobowiązany był podać w części IV sekcji C formularza JEDZ informację, *czy w okresie ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował przynajmniej dwa zadania z których jedno polegało co najmniej na zaprojektowaniu i wybudowaniu budynku, w którym zainstalowane zostały instalacje przemysłowe co do rodzaju i rozmiaru takie, jakie zostały określone w PFU do przedmiotowego przedsięwzięcia („Zadanie nr 1”), a drugie polegające co najmniej na wykonaniu, zamontowaniu i uruchomieniu cyklotronu wraz z laboratoriami radiochemicznymi, o wartości minimum 10 mln PLN netto każde.*

Zamawiający uznał, że występują braki w części IV sekcji C JEDZ .

Dnia 4 lipca 2017 roku skierował do Odwołującego wezwanie w trybie art. 87 ust. 1 Pzp (I wezwanie). Kolejne wezwanie zostało skierowane do odwołującego w dniu 14 lipca 2017 roku w trybie art. 26 ust. 4 Pzp w którym Zamawiający prosił o wyjaśnienie braku informacji dotyczących przedmiotu wykonanego zamówienia dotyczącego budynku, jego wartości netto, daty realizacji oraz nazwy odbiorcy.

W odpowiedzi na te pisma odwołujący skierował liczne pisma i wyjaśnienia do zamawiającego, wskazując na potrzebę przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień, powołując się na różnice czasowe oraz bariery językowe na które nałożyły się dodatkowe

przeszkody w postaci nieprzewidzianych wypadków losowych. Zamawiającym pismem z dnia 24 lipca 2017 roku poinformował odwołującego o nieuwzględnieniu prośby o przedłużenie terminu uzupełnienia JEDZ i w tym samym dniu przesłał pismo o wykluczeniu odwołującego z postępowania.

Odwołujący odnosząc się do powyższych kwestii w złożonym odwołaniu podał, że wykluczenie było nieprawidłowe, gdyż wezwanie nr 1 o uzupełnienie przez Odwołującego informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ, skierowane w trybie art. 87 ust. 1 Pzp było nieprawidłowe i jako takie nie może wywoływać skutków prawnych. Wezwanie do wyjaśnień skierowane na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp może bowiem dotyczyć jedynie treści oferty. Aby możliwa była ocena spełnienia przed Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu, wezwanie musi zostać skierowane we trybie właściwym do uzupełniania oświadczeń zawartych w JEDZ, o których mowa w art. 25a ust. 1 i ust. 2 Pzp, a nie ofert. Nie można bowiem oceniać spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego na podstawie wadliwej czynności prawnej.

Podał, że informacje, wskazane w sekcji V pkt 1.3. lit. a) SIWZ, potwierdzające spełnienia warunków udziału w Postępowaniu stanowią oświadczenie wykonawcy składane są w formie formularza JEDZ, o którym mowa w art. 25a ust. 1 i ust. 2 Pzp. Formularz ten nie stanowi treści oferty, a więc braki w nim zawarte nie mogą być uzupełniane na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp. Należy przy tym zaznaczyć, że sformułowanie zamieszczone przez Zamawiającego w sekcji VI SIWZ, zgodnie z którym na ofertę Wykonawcy składa się formularz ofertowy oraz Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, należy uznać za nieważne jako naruszające przepisy ustawowe. Ustawodawca bowiem wyraźnie dokonuje rozróżnienia pomiędzy ofertą o oświadczeniem potwierdzającym warunki udziału w postępowaniu przez wykonawcę.

Zgodnie z art. 25a ust. 1 Pzp, do oferty wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią m.in. wstępne potwierdzenie, że wykonawca: spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 25a ust. 2 Pzp, oświadczenie wykonawcy składane jest w formie jednolitego dokumentu (JEDZ) w przypadku postępowań, których wartość przekracza progi unijne, do których należy Postępowanie.

Już sama wykładnia literalna powyższego przepisu wskazuje jasno że oświadczenie w formie JEDZ nie stanowi oferty, a może być jedynie do niej dołączone. W przeciwnym wypadku ustawodawca wprost wskazałaby, że oświadczenie to stanowi część oferty. Podał także, iż konieczność zastosowania trybu z art. 26 ust. 3 Pzp w okolicznościach takich jak zaistniałe w przedstawionym stanie faktycznym, jest również wskazywane przez przedstawicieli doktryny, gdzie wskazuje się, że JEDZ oraz oświadczenie, o którym mowa w

art. 25a Pzp pomimo iż składane są wraz z ofertą, stanowią potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, czyli warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia, z tego względu nie stanowią treści oferty i nie znajdują do nich zastosowania regulacje art. 87 ust. 1. W sytuacji gdy zawierają one błędy, zastosowanie znajduje procedura opisana w art. 26 ust. 3- 4 Pzp.

Podstawę prawną trybu, który zgodnie z ustawą Pzp powinien znaleźć zastosowanie do uzupełnienia oświadczeń wskazanych w art. 25a Pzp (a więc również oświadczenia o spełnianiu warunku dotyczącego Zadania nr 1 wymaganego w niniejszym Postępowaniu), stanowi art. 26 ust. 3 Pzp. Podkreślił, że w wezwaniu nr 2, Zamawiający powołał się już na art. 26 ust. 4 UPZP, który stanowi podstawę wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, a nie ofert, dostrzegając najwyraźniej dopiero wtedy że informacje o których wyjaśnienie wzywa nie stanowią oferty, lecz oświadczenie o którym mowa w art. 26 ust. 4 Pzp. Wskazanie art. 26 ust. 4 Pzp jako podstawy Wezwania nr 2 do wyjaśnień, choć obrazuje iż Zamawiający dopiero kierując wezwaniem nr 2 zauważył, że wymagane wyjaśnienia dotyczą „oświadczeń” o których mowa w tym przepisie (a więc również JEDZ), a nie oferty, nie sanuje jednak zaniechania zastosowania przez Zamawiającego trybu z art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia braków informacji zawartych w oświadczeniu. Wezwanie do uzupełnienia oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp jest bowiem obligatoryjne. Zamawiający nie może zastąpić tego trybu wezwaniem do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, jak również nieprawidłowym wezwaniem o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym stwierdził, że jego zdaniem wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp było przedwczesne, gdyż mogło nastąpić dopiero po zastosowaniu trybu z art. 26 ust. 3 Pzp.

Odnosząc się do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust 1 Pzp podał, że zarzut ten wywodzi z dyskryminacji podmiotów z uwagi na przynależność państwową ponieważ zamawiający nie uwzględnił prośby odwołującego do przedłużenia terminu na złożenie wyjaśnień, o które odwołujący prosił pismem z dnia 18 lipca 2017 roku. W piśmie tym odwołujący wskazał, że z uwagi na 9 godzin różnicy w czasie oraz barierę językową miał w rzeczywistości jedynie 2 dni na przygotowanie odpowiedzi na wezwanie zamawiającego. Wskazał również na nieprzewidzianą sytuację losową, która dodatkowo uniemożliwiła sprostaniu wymaganiom Zamawiającego w tak krótkim czasie. Ponadto zwrócił uwagę na kwestię iż potrzeba wydłużenia czasu na złożenie oświadczenia , gdyż zamawiający wymagał od Spółki podania informacji, których obowiązek wskazania nie wynika wprost z informacji wymaganych odnośnie Zadania nr 1 na podstawie sekcji V pkt 1.3 a) SIWZ. W wezwaniu nr 1 oraz Wezwaniu nr 2 Zamawiający zażądał podania odnośnie Zadania nr 1 m.in. daty realizacji oraz nazwy odbiorcy. Tymczasem z informacji wskazanych w sekcji V pkt

1.3. a) SIWZ wynika jedynie wymóg, aby Zadanie nr 1 zostało zrealizowane „w okresie ostatnich lat” - co też Odwołujący potwierdził w swoim oświadczeniu. Podobnie, z informacji zawartych w wyżej wskazanej sekcji nie wynika wymóg podania nazwy odbiorcy. Skoro zatem Zamawiający zażądał podania dodatkowych informacji, miał obowiązek przyznać Odwołującemu adekwatny czas na ich podanie.

Reasumując powyższe podał, że zamawiający nie tylko nie zastosował wobec odwołującego obowiązkowego trybu wezwania do uzupełnienia, lecz również w ramach wadliwie stosowanego trybu nie zapewnił odwołującemu realnej możliwości skorzystania przez niego z uprawnienia do złożenia wyjaśnień odnośnie złożonego oświadczenia.

**Zamawiający** w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania, podając, że argumentacja w przedmiocie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i wezwanie Odwołującego do uzupełnienia informacji zawartych w JEDZ (pkt 7 uzasadnienia odwołania - str. 5-6) podał, że zarzut ten jest spóźniony, gdyż wezwanie wobec, którego Odwołujący czyni zarzuty było skierowane do wykonawcy w dniu 04.07.2017 r. Odwołujący podnosił, iż ww. wezwanie było nieprawidłowe, gdyż Zamawiający wskazał nieprawidłową podstawę prawną wezwania, tj. przepis art. 87 ust. 1 Pzp zamiast art 26 ust. 3 Pzp. Jeżeli jednak Odwołujący nie zgadzał się z treścią przedmiotowego wezwania, bądź zastosowanym trybem winien odwołać się od czynności wezwania o uzupełnienie w stosownym terminie, jednakże tego w terminie nie uczynił.

Na wypadek nie uwzględnienia tego zarzutu podniósł, że zgodnie z ujednoliconym poglądem doktryny i judykatury wezwanie o uzupełnienie powinno:

1. Określać wymagania jakie Zamawiający postawił w SWIZ;
2. Wskazywać jakie informacje w świetle postawionego warunku wynikają z oferty wykonawcy;
3. Wskazywać jakich dokumentów i/lub oświadczeń brakuje w złożonej ofercie;
4. Zawierać prośbę o przedłożenie ww. dokumentów/oświadczeń;
5. Wskazywać termin na uzupełnienie

W dokumencie JEDZ złożonym przez Odwołującego, tj. Wykonawcę B. T. L., wykonawca oświadczył, iż dostarczył cyklotron zgodnie z warunkami zawartymi w SIWZ. Ww. dokument nie zawierał oświadczenia w zakresie zaprojektowania i wybudowania wymaganego budynku.

Pismem z dnia 4 lipca 2017 roku Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o przesłanie informacji, że firma B. w ciągu ostatnich 8 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował przynajmniej dwa zadania, z których jedno polegało co najmniej na zaprojektowaniu i

wybudowaniu budynku, w którym zainstalowane zostały instalacje przemysłowe co do rodzaju i rozmiaru takie, jakie zostały określone w PFU do przedmiotowego przedsięwzięcia, tym samym wskazując na warunek udziału w postępowaniu, którego wykonania Odwołujący nie potwierdził. Zamawiający wskazał też, co dokładnie powinna zawierać informacja przekazana przez Odwołującego, termin na udzielenie ww. oświadczenia, a także konsekwencje braku dostarczenia wymaganych informacji. Tym samym Zamawiający zastosował obowiązkową w przedmiotowym stanie faktycznym procedurę wezwania o uzupełnienie dokumentów/oświadczeń. Zamawiający w wezwaniu nie wskazywał, ażeby jakaś treść oferty budziła jego wątpliwości i chciałby wyjaśnić treść jakiejś części oferty. Zamawiający jasno wskazywał, że brakuj oświadczenia Odwołującego w zakresie spełnienie warunku udziału w postępowaniu i prosił o jego uzupełnienie, tak aby można było stwierdzić, iż Odwołujący jednoznacznie oświadcza, że wykonał zarówno zadanie w zakresie robót budowlanych jak i dostaw.

Jednakże Odwołujący uznał, że biorąc pod uwagę fakt, iż wezwanie o uzupełnienie informacji zawartych w oświadczeniu JEDZ, zostało skierowane w trybie art. 87 ust. 1 pzp, a nie art. 26 ust.3 to było nieprawidłowe i nie mogło wywołać skutków prawnych, a szczególności tych negatywnych dla Odwołującego.

Zamawiający odnosząc się do powyższego stwierdził, że z treści przedmiotowego wezwania jasno wynikało, iż Zamawiający żądał oświadczeń, które można żądać na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, tym samym zastosował obowiązkową w niniejszym stanie faktycznym procedurę określoną w art. 26 ust. 3 Pzp nie można zatem twierdzić, iż żądanie przedmiotowych oświadczeń nie miało racji bytu, tylko z powodu wskazania omyłkowo nieadekwatnego przepisu, co do podstawy prawnej w oderwaniu od literalnej treści wezwania.

Podał, że omyłkowe wskazanie w wezwaniu przepisu art. 87 ust. 1 Pzp zamiast art. 26 ust. 3 pzp było jedynie omyłką pisarską. Nadto dodał iż wzywając do uzupełnienia dokumentów/oświadczeń Zamawiający nie ma w ogóle obowiązku wskazywania podstawy prawnej swojego wezwania - w razie jednak nie wskazania tej podstawy czy wskazania ewentualnie podstawy błędnej, wezwanie pozostaje skuteczne i nieuczynienie mu zadość poprzez nie uzupełnienie wymaganego dokumentu/oświadczenia może skutkować wykluczeniem wykonawcy.

W zakresie kolejnego zarzutu odnoszącego się do naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 25a ust. 1 i 2 Pzp poprzez jego niezastosowanie i błędne uznanie, iż wskazane przez Zamawiającego w sekcji V pkt 3 a) SIWZ informacje potwierdzające posiadane doświadczenie stanowią element oferty, a nie są oświadczeniami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, podał, że Zamawiający podziela pogląd Odwołującego w zakresie tego, że JEDZ jest dokumentem, w którym

zawarte są oświadczenia wykonawcy zgodnie z art. 25a ust. 1 i 2 Pzp. Dokumentu JEDZ nie można w zakresie oświadczeń składanych dla potwierdzenia nie podlegania wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania kryteriów selekcji wyjaśniać jako treści oferty. Jednakże powyższy zarzut Odwołującego jest bezzasadny i wynika z błędnie przyjętych założeń dotyczących niezastosowania przez Zamawiającego właściwej procedury wezwania do uzupełnienia oświadczenia.

Podkreślił, że na podstawie tego jasnego i precyzyjnego wezwaniem Zamawiający oczekiwał zwrotnej informacji, że — „Tak. Ja wykonawca B. zrealizowałem zadanie polegające na zaprojektowaniu i wybudowaniu budynku .... jakie zostały określone w PFU”. Jednakże takiej informacji Odwołujący nie przekazał.

Odnośnie kolejnego zarzutu odwołania naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia oświadczenia potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu odnośnie realizacji Zadania nr 1 podniósł, że ten zarzut jest spóźniony, gdyż jeżeli Odwołujący kwestionuje skuteczność wezwania z dnia 04.07.2017 r. i podnosi, że można było skutecznie wezwać go tylko jednocześnie wskazując w treści wezwania na przepis art. 26 ust. 3 pzp, to należy stwierdzić, że termin wniesienia odwołania na zaniechanie takiej czynności po stronie zamawiającego upłynął 14.07.2017 r.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp poprzez wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji uznanie jego oferty za odrzuconą, choć czynności te mogły mieć miejsce dopiero po zastosowaniu wobec Odwołującego procedury z art. 26 ust. 3 Pzp podał, że iż wykluczenie Odwołującego nie było przedwczesne, gdyż zostało poprzedzone procedurą wezwania o uzupełnienie oświadczenia, a także procedurą wezwania o wyjaśnienia w zakresie oświadczeń.

Odwołujący na wezwanie z dnia 04.07.2017 r. co prawda odpowiedział w terminie, tj. do dnia 11.07.2017 roku 07.02017 r., jednakże swoją przetłumaczoną na język polski odpowiedź przekazał dopiero w dniu 17.07.2017 r. Już z samej tej przyczyny zgodnie z art. 9 ust 2 Pzp, który stanowi, że *postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim*, można było wykluczyć wykonawcę jako, że nie złożył wymaganego oświadczenia w terminie - gdyż prawidłowo złożenie oświadczeń/dokumentów w terminie winno być uczynione w języku polskim lub w języku obcym z jednoczesnym dokumentem przetłumaczonym.

Reasumując powyższe wezwania i stanowisko Zamawiającego stwierdził, że mając na uwadze wszystkie okoliczności dotyczące skierowanych do wykonawcy wezwań to wszystkie przesłane przez Odwołującego wyjaśnienia świadczą o tym, iż nie posiada on stosownego doświadczenia i dlatego nie oświadczył o takowym. Tym samym Zamawiającemu nie pozostało nic innego jak wykluczyć wykonawcę z postępowania. W



opinii Zamawiającego dochowano wszelkiej staranności aby dać szansę Odwołującemu na dalsze pozostawanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jednakże Odwołujący takiej samej staranności nie dochował.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca C. O. Sp. z o.o. ul. (...), który w stanowisku prezentowanym na rozprawie poparł stanowisko Zamawiającego o zasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.  
Odwołanie nie jest zasadne i tym samym zostaje oddalone.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Odwołujący się wykonawca wykazał także interes w uzyskaniu zamówienia o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Na wstępie oceny Izby wymagał wniosek Zamawiającego o uznanie, że kwestionowanie przez Odwołującego wezwań skierowanych niego w dniu 04.07.2017 i 14.07.2017 roku było spóźnione i nie powinny być rozpatrywane przez Izbę. Izba powyższe wnioski uznała za niezasadne. Zauważyć trzeba, iż aby wnieść odwołanie należy oprócz wskazania kwestionowanej czynności Zamawiającego wskazać także podstawę prawną, którą kwestionowana czynność Zamawiającego narusza. W sytuacji wzywania wykonawców do uzupełnienia treści oferty lub dokumentów ofertowych brak jest przepisu nakazującego w wezwaniu wskazać podstawę prawną. Wniesione odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego o wykluczenie odwołującego z postępowania.

Osią sporu pomiędzy stronami była kwestia, czy skierowane do Odwołującego wezwania z dnia 4 i 14 lipca były skuteczne, gdyż zawierały wskazanie niewłaściwej podstawy prawnej i tym samym czy wykluczenie Odwołującego z postępowania w oparciu o tak sformułowane wezwania było skuteczne.

Niespornym jest, że Zamawiający w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawcy wykazali w dokumencie JEDZ, że spełniają postawiony w SIWZ warunek udziału polegający na wykazaniu, że wykonawca „w okresie ostatnich 8 lat ) przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował przynajmniej dwa zadania, z których

*jedno polegało co najmniej na zaprojektowaniu i wbudowaniu budynku, w którym zainstalowane zostały instalacje przemysłowe co do rodzaju i rozmiaru takie, jakie zostały określone w PFU do przedmiotowego przedsięwzięcia, a drugie polegające co najmniej na wykonaniu, zamontowaniu i -uruchomieniu cyklotronu wraz z laboratoriami radiochemicznymi o wartości minimum 10 mln PLN netto każde.*

JEDZ stanowi wstępne oświadczenie wykonawcy w zakresie wszelkich okoliczności istotnych z punktu widzenia udziału w postępowaniu. W tym dokumencie wykonawca – Odwołujący oświadczył, iż dostarczył cyklotron zgodnie z warunkami zawartymi w SIWZ. Jednakże nie zawarł oświadczenia w zakresie zaprojektowania i wybudowania wymaganego budynku. Zatem Zamawiający był zobowiązany wezwać o uzupełnienie tego oświadczenia aby móc zweryfikować jednoznacznie czy Odwołujący posiada wymagane doświadczenie. Niewątpliwym jest, że Zamawiający w pierwszym wezwaniu wskazał jako podstawę prawną przepis art. 87 ust.1 Pzp, a w drugim art. 26 ust.4 Pzp. Tak więc wskazana została podstawa do wyjaśnienia treści oferty czy też dokumentów ofertowych. Nie została wskazana podstawa z art. 26 ust.3 Pzp, który to przepis upoważnia Zamawiającego, w przypadku stwierdzenia braków w ofercie do żądania od wykonawców: dokumentów, oświadczeń, czy też pełnomocnictw, itp.

Podstawą oceny Izby jest przyjęcie założenia, że oferta stanowi oświadczenie wykonawcy, które powinno być sformułowane i skonkretyzowane już w momencie jej złożenia – nie można oczekiwać, że oferta ta będzie kształtowana w wyniku wezwań zamawiającego zmierzających do niwelowania błędów i braków jakie miały miejsce w momencie jej złożenia tak, aby mogła podlegać ocenie. Bowiem to nie zamawiający ma kształtować oświadczenie wykonawcy będące ofertą – powinien on je tylko przyjąć w istniejącym, niezmiennym kształcie.

Wskazać należy, że ustawodawca dopuścił w art. 26 ust.3 możliwość wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów oferty, *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.*

Niewątpliwym jest z czym zgodził się także Zamawiający, że JEDZ jest dokumentem, w którym zawarte są oświadczenia wykonawcy zgodnie z art. 25a ust. 1 i 2 zp. Dokumentu JEDZ nie można w zakresie oświadczeń składanych dla potwierdzenia nie podlegania

wykluczeniu, spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania kryteriów selekcji wyjaśniać jako treści oferty.

Izba dokonując analizy treści obu wezwań wykonawcy uznała, że ocenie podlega prawidłowość wezwania z dnia 4 lipca 2017 roku, gdyż w sytuacji uznania, iż zastosowana została właściwa procedura wezwania, to brak było po stronie Zamawiającego podstaw do skierowania do wykonawcy ponownego wezwania. Izba w tym zakresie wskazuje na zasadne stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia z 5 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2429/16, gdzie Izba uznała, że *Wykonawca, który już raz uzupełniał Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, nie może ponownie przedłożyć informacji dotyczących wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie będzie stanowiło dwukrotne uzupełnienie, co stoi w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców.* Dla prawidłowości wezwania i oceny jego skutków nie ma znaczenia, czy wykonawca odpowiedział na to wezwanie, ważne jest czy miał w ramach wezwania możliwość wykazać spełnianie wymogu, czy też złożenia dokumentu o który został wezwany.

Izba stoi na stanowisku, że wskazanie podstawy prawnej w skierowanym wezwaniu nie przesądza o jego prawidłowości. Oczywiście wykonawca winien być zorientowany w ramach jakiego przepisu kierowane jest do niego wezwanie. Podany przepis podstawy wezwania umożliwi wykonawcy uzupełnienie wiedzy co do zakresu wzywania. Jednakże brak jego podania może być co najwyżej uchybieniem formalnym nie mającym wpływu na ważność wezwania. Wykonawca winien czerpać wiedzę co do zakresu wezwania nie z treści wskazanego przepisu, ale treści samego wezwania, gdyż to treść wezwania determinuje jego prawidłowość, a chociażby o tym czy wezwanie jako nieprecyzyjne nie powinno być ponowione. W zakresie formułowania treści wezwania wykonawców do uzupełnienia treści oferty, jak wyżej wskazano nie ma w Pzp przepisu odpowiadającego np. art. 180 ust.3 w którym wyraźnie wskazano co powinna zawierać treść odwołania.

Z przeprowadzonej przez Izbę analizy zarówno treści wezwania, jak i postępowania wykonawcy po wezwaniu z dnia 4 lipca 2017 roku wywieść należy iż wezwanie Zamawiającego ( pomimo wskazania błędnej podstawy prawnej) jednoznacznie wskazywało, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się spełnieniem warunku w zakresie zaprojektowania i wybudowania wymaganego budynku. Jednocześnie wskazano do jakiego terminu powyższe oświadczenie wykonawcy winno być przekazane Zamawiającemu, a także konsekwencje jego braku. Tym samym Zamawiający jednoznacznie wskazał czego brakuje w treści JEDZ- jakie było wymaganie SIWZ w tym zakresie, prosząc o jego uzupełnienie, tak aby można było stwierdzić, iż Odwołujący jednoznacznie oświadcza, że wykonał zarówno zadanie w zakresie robót budowlanych jak i dostaw.

Z treści korespondencji tj. odpowiedzi mailowej od Odwołującego przekazanej przez V. S. z dnia 4 lipca z godz. 21.03 wynikało iż wykonawca dziękuje za wiadomość dotyczącą „wezwania do uzupełnienia ofert” wraz z informacją, że „odpowiemy w wymaganym czasie”. W wymaganym terminie – 11 lipca 2017 roku Odwołujący przesłał informację – odpowiedź na wezwanie w języku angielskim bez tłumaczenia na język polski, co już czyniło brak właściwej odpowiedzi w terminie. Dopiero w dniu 17 lipca pismo to – przetłumaczone na język polski zostało przekazane Zamawiającemu.

Jednakże z treści tego pisma Odwołującego w żaden sposób nie można wywieść, że Odwołujący cokolwiek oświadcza z zakresie postawionego warunku udziału o którym mowa w wezwaniu, a także zasadne jest wywiedzenie, że Odwołujący raczej nie rozumiał treści wezwania i obowiązującej w tym zakresie procedury prawa zamówień publicznych. Świadczy o tym chociażby treść ww. odpowiedzi na wezwanie z 4 lipca 2017 roku, gdzie w wykonaniu wezwania Odwołujący podaje, cyt. *”Theratronics ma bogate doświadczenie w dostarczaniu naszym klientom całego zestawu jako usług opisanych w specyfikacji przetargowej. Będziemy również współpracować z lokalnymi firmami budowlanymi w Polsce, aby zrealizować kompletny projekt C.”*. Wskazać należy iż w JEDZ wykonawca zaoferował, że całość zamówienia wykona samodzielnie, a ww. piśmie jednoznacznie wskazuje, że roboty budowlane będą prowadzone przez firmy z P., czyli te firmy będą podwykonawcami. Zaznaczyć należy iż po zmianach w Pzp wykonawca, który w JEDZ deklaruje samodzielne wykonanie zamówienia, nie może w ramach uzupełnienia JEDZa wskazać, że jednak wykonanie części zamówienia zostanie powierzone podwykonawcom.

Takie stanowisko wynika chociażby z orzeczeniem ETS z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14, gdzie stwierdzono, 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.* Tym samym powołanie się na inny podmiot w celu wykazania przez wykonawcę, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu stanowi zmianę oferty i tym samym jest w świetle postanowień dyrektywy niedopuszczalne.

Jednakże istotą w tym postępowaniu jest przede wszystkim to, że wezwany wykonawca nie wykonał wezwania i nie przedłożył stosownego oświadczenia dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wobec powyższego Izba uznała, że już pierwsze wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego było prawidłowe i brak jego wykonania stanowił wystarczającą podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Dlatego też Izba uznaje za nieistotne dla sprawy drugie wezwania podniesione okoliczności z nim związane w tym również wniosek Odwołującego (przy drugim

wezwanu) o wydłużenie o miesiąc terminu na wykonanie wezwania o treści niemalże identycznej jak wezwanie pierwsze. Dlatego też dalsze zarzuty podniesione w odwołaniu odnoszące się do drugiego wezwania Izba oceniła również jako niezasadne.

Izba wskazuje również, że powyższe stanowisko Izby znajduje również oparcie w dotychczasowym orzecznictwie Izby w tym zakresie, gdzie przykładowo w wyrokach: z dnia 26 października 2016 r. (sygn. akt KIO 1990/16), z dnia 20 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 948/11; z dnia 1 marca 2010 r. KIO/UZP 1938/09); z dnia 13 sierpnia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 1006/09 Izba uznawała, że *„zastosowanie nieprawidłowej podstawy prawnej wezwania stanowi jedynie uchybienie o charakterze formalnym, nie mającym wpływu na jego ważność (...) wskazana kwalifikacja podstawy prawnej żądania wyjaśnień ma znaczenie drugorzędne, badać należy, czy zastosowanie procedury wyjaśnień w danym stanie faktycznym było uprawnione, (...) Niewskazanie lub błędne wskazanie podstawy prawnej (np. art. 87 ust. 1 Pzp-) podjętej czynności pozostaje bez wpływu na jej ważność, o ile tylko treść pisma, w którym zamawiający artykułuje swoje żądania jest wystarczająco jasna i precyzyjna”*.

Reasumując powyższe Izba stwierdza, że wystarczającym dla spełnienia przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania z powodu nie wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu było pierwsze wezwanie, skierowane do Odwołującego w dniu 4 lipca 2017 roku, na które to Odwołujący merytorycznie nie odpowiedział, a tym samym nie zastosował się do treści wezwania i nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający kierując do wykonawcy wezwani o konkretnej treści chciał uzyskać informację, czy ten zrealizował zadanie polegające co najmniej na zaprojektowaniu i wybudowaniu budynku, w którym zainstalowane zostały instalacje przemysłowe co do rodzaju i rozmiaru takie, jakie zostały określone w PFU do przedmiotowego przedsięwzięcia - czego nie uzyskał.

W ocenie Izby Zamawiający pomimo przywołania przepisu art. 87 ust 1 Pzp nie zastosował go, gdyż opisana w wezwaniu procedura odpowiada procedurze przewidzianej w art. 26 ust.3 Pzp. Tym samym Zamawiający nie mógł naruszyć tego przepisu poprzez jego zastosowanie.

Brak podania podstawy prawnej wezwania, czy też wadliwe wskazanie podstawy prawnej w wezwaniu nie powoduje, że takie wezwanie staje się bezskuteczne czy nieważne, ponieważ ocenie podlega zastosowanie się wezwanego wykonawcy do treści wezwania, a nie do wskazanej podstawy prawnej.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie

zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów – nie miało miejsce w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

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

Przewodniczący .....