

Sygn. akt: KIO 1708/16

Wyrok

z dnia 26 września 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 23 września 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 września 2016 r. przez wykonawcę **P. P. działający pod firmą Zakład Usługowo Handlowy „DYNAMIC” P. P. w Rzuchowej**

w postępowaniu prowadzonym przez **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich** z siedzibą w **Rzeszowie**

przy udziale wykonawcy **Remost sp. z o.o. z siedzibą w Dębicy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania odwołującego i czynności odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty oraz nakazuje ponowienie czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty tego wykonawcy.
2. kosztami postępowania obciąża **Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich** z siedzibą w **Rzeszowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Usługowo Handlowy „DYNAMIC” P. P. w Rzuchowej** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.1. zasądza od **Podkarpackiego Zarządu Dróg Wojewódzkich** z siedzibą w **Rzeszowie** na rzecz wykonawcy **P. P. działający pod firmą Zakład Usługowo Handlowy „DYNAMIC” P. P. w Rzuchowej** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście

tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (10 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Rzeszowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający: Województwo Podkarpackie - Podkarpacki Zarząd Dróg Wojewódzkich prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 872 Łoniów - Swiniary - Rzeką Wisła - Baranów Sandomierski - Wola Baranowska - Majdan Królewski — Bojanów - Nisko na odcinku od km 49+932 do km 50+767. Zad. Nr 2: Rozbudowa drogi wojewódzkiej Nr 872 Łoniów - Świniary - Rzeką Wisła - Baranów Sandomierski - Wola Baranowska - Majdan Królewski - Bojanów - Nisko w km 50-314,50 - 50+ 767 wraz z mostem na rzece Łęg w km 50+567 w miejscowości Przyszów (ETAP II od km 50+394,50 do km 50+767) — „Postępowanie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej 5 225 000 euro. Zamówienie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 11.07.2016 r. pod numerem 129613-2016.

Odwołujący: P. P. działający pod firmą Zakład Usługowo Handlowy „DYNAMIC” P. P. wniósł odwołanie na czynności polegające na:

- 1) wykluczeniu Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. art. 26 ust. 3 i 26 ust. 2b) ustawy Pzp z powodu niespełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia określonego w Instrukcji dla wykonawców - Rozdział I SIWZ - pkt 5.3.2 pomimo że Odwołujący potwierdził ten warunek udziału w Postępowaniu;
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 84 ust. 1 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą i nieodpowiadającej treści SIWZ pomimo że oferta Odwołującego jest w pełni zgodna z ustawą Pzp oraz SIWZ, w szczególności nie doszło w zakresie oferty Odwołującego do niedozwolonej zmiany treści jego oferty;
- 3) w konsekwencji - zaniechaniu dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 - poprzez wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 84 ust. 1 - poprzez odrzucenie oferty;
- 3) art. 84 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 2b) i art. 26b ust. 1 - poprzez uznanie że doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty Odwołującego po terminie składania ofert;
- 4) art. 24 ust. 1 pkt 4) w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 26 ust. 2b) ustawy Pzp - poprzez wykluczenie wykonawcy z Postępowania
- 5) art. 91 ust. 1 - poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej;

Odwołujący wnosi o nakazanie;

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania ponownego badania i oceny ofert w Postępowaniu;
- 3) unieważnieniu czynności wykluczenia Odwołującego;
- 4) unieważnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 5) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Uwzględniając kryteria oceny ofert w Postępowaniu (Rozdz. 15.1 SIWZ: cena brutto - 90%, okres gwarancji i rękojmi za wady - 10%), oferta Odwołującego zostałaaby wybrana jako najkorzystniejsza.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Składając ofertę w postępowaniu Wykonawca P. P. - Zakład Usługowo-Handlowy DYNAMIC P. P. w pkt 8 Formularza oferty wskazał, że zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia firmie podwykonawczej Przedsiębiorstwo Dromtech Sp. z o.o.

Odwołujący do oferty nie załączył wymaganych w Rozdziale I SIWZ - pkt 5.3.2 dokumentów, tj. Wykazu robót budowlanych oraz dowodów dotyczących najważniejszych robót określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Wymienione w Rozdziale I SIWZ - pkt 5.3.2 dokumenty miały potwierdzać wykonanie minimum 1 zamówienia polegającego na przebudowie, budowie, rozbudowie, odbudowie obiektu mostowego o długości min. 101 m w ciągu drogi publicznej (długość mierzona między zewnętrznymi krawędziami pomostu po osi jezdni) - zgodnie z wymaganiami Instrukcji dla wykonawców - Rozdział I SIWZ - pkt 5.3.2.

Wobec powyższego pismem z dnia 19.08.2016 r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia ww. dokumentów określonych w Rozdziale I SIWZ - pkt 5.3.2 dokumentów na potwierdzenie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia opisanego w Rozdział I SIWZ - pkt 5.3.2.

W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca uzupełnił wymagane w piśmie Zamawiającego z dnia 19.08.2016 r. dokumenty i przedłożył Wykaz robót i dowody należytego wykonania dotyczące zadania pn. Budowa skrzyżowania na ulicy Poznańskiej (droga krajowa nr 2) w rejonie m. Mory wraz z budową ul. Gierdziejewskiego (połączenie dzielnicy Warszawa Ursus z dzielnicą Warszawa Bemowo) i budową wiaduktu nad torami linii kolejowej PKP Warszawa - Poznań, wykonanego przez Konsorcjum Firm POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o., POL-DRÓG Piła Sp. z o.o. i POL-DRÓG Dolny Śląsk S.A. Jednocześnie Wykonawca przedłożył Zobowiązanie podmiotu trzeciego POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, w którym zawarto informację, że podmiot ten będzie brał udziału w wykonaniu

zamówienia na podstawie umowy o podwykonawstwo w zakresie kanalizacji deszczowej na obiekcie, wykonania nawierzchni na drogach i obiekcie, a także w formie doradztwa w całym okresie realizacji zadania m. in. technicznego.

W dalszej kolejności czynnością z dnia 7.09.2016 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o jego wykluczeniu z Postępowania.

Zamawiający w piśmie z dnia 7 września 2016 r. jako podstawę prawną wykluczenia Odwołującego z Postępowania wskazał następujące przepisy ustawy Pzp: art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 84 ust. 1 oraz art. 7 i art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp.

Jako podstawę faktyczną wykluczenia Odwołującego wskazano natomiast:

„W treści SIWZ (pkt 3.12 Instrukcji dla Wykonawców - Rozdział I SIWZ) zawarto postanowienie: „ Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku Wykonawca: - wskaże w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, - poda nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy PZP, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP. ”

Z powyższego wynika, że podmiot, na którego zasoby powołuje się Wykonawca na podstawie art. 26 ust. 2b PZP, musi posiadać status podwykonawcy, a jednocześnie dane dotyczące tego podmiotu Wykonawca ma obowiązek podać w treści oferty.

Postanowienia SIWZ zawierają warunek, zgodnie z którym podmioty udostępniające w trybie art. 26 ust. 2b ustawy PZP wiedzę i doświadczenie, czy też potencjał techniczny, muszą być jednocześnie podwykonawcami oraz muszą być w tym charakterze wskazane przez Wykonawcę w treści oferty, a ich zmiana po terminie składania ofert jest niedopuszczalna, Dokonywanie zmian w zakresie podwykonawcy po złożeniu oferty, poprzez złożone wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów podmiotowych, jest niedozwolone.”

Zamawiający nie kwestionował samego potencjału wiedzy i doświadczenia, jako odpowiadającego warunkom opisanym w Rozdział I SIWZ - pkt 5.3.2., a podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania upatrywał w treści uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego wykazu i zobowiązań podmiotu udostępniającego swój potencjał.

Uprawnieniem Odwołującego wynikającym z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp jest uzupełnienie na wezwanie zamawiającego dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i potwierdzenie tego warunku przy wykorzystaniu potencjału podmiotu trzeciego. Wskazanie przez Odwołującego w ofercie innego wykonawcy, któremu zamierzał powierzyć realizację części zamówienia (firmy Przedsiębiorstwo Dromtech Sp. z o.o.) jest obojętne z punktu widzenia potwierdzenia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia. Wskazanie w

ofercie danego podmiotu jako podmiotu, któremu Odwołujący zamierza powierzyć realizację części zamówienia nie wyklucza możliwości wskazania w trybie uzupełnienia dokumentów innego podmiotu, przy pomocy którego będzie realizował część zamówienia. W przeciwnym bowiem przypadku Odwołujący byłby pozbawiony możliwości przysługującego mu zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prawa uzupełnienia dokumentów podmiotowych z uwzględnieniem prawa powoływania się przez Odwołującego na potencjał podmiotu trzeciego zgodnie z art. 26 ust. 2 b ustawy Pzp. Wskazywanie w uzupełnieniu dokumentów na wezwanie zamawiającego zamówień wykonanych przez innych wykonawców niż tych wskazanych w pierwotnie złożonych dokumentach lub - w przypadku braku załączenia do oferty stosownych dokumentów - uzupełnianie tych dokumentów, wynika z ustawy Pzp i jest potwierdzane w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

Wbrew stanowisku Zamawiającego w wyniku uzupełnienia przez Odwołującego dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia nie doszło do niedozwolonej zmiany treści oferty Odwołującego po terminie składania ofert. Oświadczenie w formularzu ofertowym o tym, że część przedmiotu zamówienia ma być powierzona Przedsiębiorstwu Dromtech Sp. z o.o. nie jest bowiem bynajmniej istotną treścią oferty. Oświadczenie złożone w ofercie dotyczące podmiotu, którzy będzie wykonywał część przedmiotu zamówienia - czy to pierwotnie w terminie składania ofert czy to na skutek uzupełnienia dokumentów podmiotowych - może być w toku wykonywania przedmiotu zamówienia weryfikowane, gdyż w toku wykonywania zamówienia wykonawca może wskazać innego podwykonawcę, który będzie realizował część zamówienia, o ile tylko ten inny podwykonawca będzie posiadał analogiczne doświadczenie jako uprzednio wskazany. Wynika to wprost z treści art. 36b ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym, Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia." Jeśli zmiana podwykonawcy w wymienionym zakresie jest możliwa w toku realizacji zamówienia, to tym bardziej możliwa jest w toku postępowania. Nie ma żadnego powodu by różnicować sytuację wykonawców realizujących zamówienie z tymi biorącymi udział w Postępowaniu bowiem w żadnym z tych wypadków nie dochodzi do naruszenia zasady uczciwej konkurencji.

Zakres podwykonawstwa wynikający ze zobowiązania podmiotu trzeciego POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. nie jest sprzeczny z treścią Formularza ofertowego Odwołującego, w którym Odwołujący wskazał że zamierza korzystać z podwykonawcy nie wskazując jednocześnie zakresu przedmiotu zamówienia do powierzenia podwykonawcom. Tym

samym sposobem realizacji zamówienia nie uległ zmianie (tj. powierzenie określonych części zamówienia do realizacji podwykonawcom) i nie można w tym zakresie mówić o zmianie treści oferty (podobnie: wyrok KIO 906/16, KIO 917/16, KIO 929/16).

Odwołujący wskazuje również, iż nie doszło do naruszenia pkt 3.12 IDW - Rozdział I SIWZ i tym samym art. 36b ust. 1 ustawy, bowiem wskazał zgodnie z żądaniem Zamawiającego firmę POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. jako podmiot trzeci, na zasoby którego powołuje się zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz wskazał części zamówienia, które zamierza powierzyć POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. (vide uzupełniony Wykaz robót oraz zobowiązanie tego podmiotu trzeciego POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o.).

Zamawiający podniósł, iż według niego „postanowienia SIWZ zawierają warunek, zgodnie z którym podmioty udostępniające w trybie art. 26 ust. 2b ustawy PZP wiedzę i doświadczenie, czy też potencjał techniczny, muszą być jednocześnie podwykonawcami”. Twierdzenie to nie jest prawdziwe w świetle brzmienia pkt 3.12 Instrukcji dla Wykonawców - Rozdział I SIWZ, na który Zamawiający się powołuje i samego art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, którego pkt 3.12 stanowi powtórzenie. Z treści bowiem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie wynika, że podmiot trzeci musi brać udział w realizacji zamówienia wyłącznie w formie podwykonawstwa, nie jest zatem wykluczony ich udział w innej formie, np. doradztwa i konsultacji. Mając to na uwadze Zamawiający wykluczając Odwołującego nie wziął w ogóle pod uwagę, iż zgodnie ze zobowiązaniem m podmiotu trzeciego POL-DRÓG Warszawa Sp. z o.o. udział tego podmiotu nie będzie się ograniczał do podwykonawstwa, ale również będzie polegał na doradztwie, m. in. technicznym. Uzupełnienie przez Odwołującego dokumentów w zakresie wiedzy i doświadczenia nastąpiło prawidłowo nie tylko w odniesieniu do podwykonawstwa jako formy uczestnictwa podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia, ale również w odniesieniu do jego doradztwa przy realizacji zamówienia.

Powyższe potwierdza orzecznictwo KIO np. zgodnie z KIO 88/16: „należy wskazać, iż w trybie uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykonawca uprawniony był do zmiany potencjału pierwotnie wskazanego w ofercie, a tym samym oświadczenia złożonego w formularzu oferty, w którym zobowiązany był wskazać podwykonawcę, z którego potencjału korzysta na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy.”

Ponadto w wyroku KIO 906/16, KIO 917/16, KIO 929/16 KIO wskazała, iż: „Izba w składzie rozpoznającym niniejsze odwołanie, podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 lipca 2014 r., sygn. akt: KIO 1366/14, iż: "Przepisy art. 87 i 89 ust. 1 pkt 2 odnoszą się do treści oferty w rozumieniu opisu lub wskazania zakresu zobowiązania, które wykonawca na siebie przyjmuje i które zaciąga. W rozpatrywanym przypadku wskazanie nazw podwykonawców miało jedynie znaczenie informacyjne, a także służyło

wykazaniu okoliczności, o których mowa w art. 26 ust. pzp. (wskazani podwykonawcy byli jednocześnie podmiotami, których potencjałem Odwołujący posługiwał się dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w myśl art. 26 ust. 2b ustawy). Zamawiający nie powołał i nie wskazał żadnych postanowień SIWZ, z których wynikałoby, że wykonawca winien zobowiązać się w treści oferty (i zobowiązuje się) do wykonania zamówienia przy pomocy konkretnych podwykonawców. (...) Powyższe nie wynika również z obowiązujących przepisów prawa. Przepis art. 36b ust. 1 ustawy stanowi tylko, iż zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1. Co w tym przypadku miało miejsce (zarówno żądanie, jak i wskazanie). Natomiast według art. 36b ust. 2 ustawy - jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1, wykonawca jest obowiązany wykazać zamawiającemu, iż proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż wymagany w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa więc wprost ustanawia dowolną zmianę lub rezygnację przez wykonawcę ze wskazanych personalnie podwykonawców - nakładając jednakże na wykonawcę ograniczenia i obowiązki na polu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu z tym związane(...)". W sprawie, objętej rozstrzygnięciem, o którym mowa powyżej, wykonawca w treści oferty nie uwzględnił podmiotów (podwykonawców), dodając do listy podwykonawców dwa nowe podmioty, których zobowiązania do udostępnienia zasobów złożył dopiero w ramach uzupełnienia dokumentów. Izba w tej sprawie uznała, iż przeprowadzonej zmiany nie sposób uznać za zmianę treści zobowiązania wykonawcy. Mając powyższe na uwadze, a w szczególności fakt, iż nie doszło w niniejszej sprawie do zmiany treści oferty, w szczególności poprzez zmianę sposobu realizacji zamówienia czy też zakresu zobowiązania wykonawcy odwołującego się Izba uznała, że oferta złożona przez odwołującego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy w zw. z art. 87 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, co w konsekwencji oznacza, że zarzuty odwołania podnoszone w odniesieniu do naruszenia ww. przepisów potwierdziły się ”

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego – wykonawca Remost sp z o.o. z siedzibą w Dębicy – wniósł o oddalenie odwołania.

Przypomniał, że jednym z wymogów siwz było wykazanie się wykonaniem minimum 1 zamówienia polegającego na przebudowie, budowie, rozbudowie obiektu mostowego o długości min. 101 m w ciągu drogi publicznej. Wobec nieprzedstawienia przez odwołującego dokumentów na potwierdzenie ww warunku wykonawca został wezwany do uzupełnienia.

Odwołujący przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego Pol-Dróg Warszawa sp. z o.o. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia wskazując jednocześnie zakres powierzonych mu prac, w oparciu o podwykonawstwo. Wobec powyższego zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 84 ust. 1 oraz art. 2 i 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp.

Wobec zarzutów zawartych w odwołaniu od decyzji zamawiającego przystępujący wskazał. W treści siwz zawarto wymóg wskazany wyżej, przy czym zamawiający w pkt 3.12 Instrukcji dla wykonawców – R. I siwz – dopuścił możliwość powierzenia części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku wykonawca powinien wskazać w ofercie:

- część zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy,
- podać nazwy (firmy) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy pzp.

Przystępujący wskazał, że warunki sformułowano w zgodzie z przepisami w szczególności w zakresie określonym w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów /.../. Zamawiający ma prawo zbadać, czy wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia oraz ocenić czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów.

Odwołujący dokonując wyjaśnień wskazał wprost, że zamierza skorzystać z potencjału osoby trzeciej, której nie wymienił pierwotnie w treści oferty. Taka zmiana stanowi niedozwoloną modyfikację treści złożonej oferty, gdyż na etapie składania ofert zamawiający nie dysponował i nie wskazał zobowiązania podmiotu trzeciego spełniającego wymogi.

Odwołujący i wskazany przez niego podwykonawca wymogów nie spełniali, co zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 oznacza niewykazanie spełnienia warunków w postępowaniu i skutkuje wykluczeniem.

Zmiana dokonana przez odwołującego jest niezgodna z ustawą pzp i stanowi istotną zmianę treści złożonej oferty dokonaną po upływie terminu składania ofert. W konsekwencji oferta jako niezgodna z siwz i ustawą podlega odrzuceniu.

W toku rozprawy strony i uczestnicy przedstawili stanowiska.

Odwołujący stwierdził, że prawidłowo, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP uzupełnił dokumenty. Na wezwanie Zamawiającego, we wskazanym terminie, skorzystał z uprawnienia przewidzianego w art. 26. ust. 2b, tj. możliwości powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. Złożył zobowiązanie tego podmiotu ze wskazaniem form współdziałania w tym także podwykonawstwa w zakresie opisanym w zobowiązaniu. Stwierdził, że nie nastąpiła niedopuszczalna zmiana treści oferty w rozumieniu art. 87 ustawy PZP. Wskazał także na art. 36b ust. 2, dopuszczający zmianę podwykonawcy także na etapie realizacji zamówienia. Przypomniał, że już w ofercie zadeklarował wykonanie zamówienia z wykorzystaniem podwykonawstwa, jakkolwiek wskazał innego podwykonawcę niż w ramach uzupełnienia dokumentów. Przypomniał postanowienia siwz, w tym dotyczące podwykonawstwa pkt 3.12 odpowiadający art. 36b ust. 5 ustawy. Stwierdził, że do oceny sprawy kluczowe znaczenie ma art. 36. ust. 2b ustawy PZP, z zastosowaniem zasady uczciwej konkurencji. Stwierdził, że nowo wskazany podwykonawca potwierdza spełnienie warunków udziału. W toku postępowania nie nastąpiła zmiana treści oferty, w tym co do sposobu realizacji zamówienia a sporna treść nie stanowi treści oferty.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Podtrzymał stanowisko zawarte w decyzji o wyniku postępowania.

Wskazał na treść instrukcji dla wykonawców w punkcie 3.12 oraz punkt 8 formularza oferty, w którym to Odwołujący wskazał podwykonawcę DROMTECH. W wyniku wezwania, Odwołujący dokonał zmiany podwykonawcy, co w ocenie Zamawiającego jest niedozwolone i wykracza poza uprawnienia wynikające z art. 26 ust. 3 i narusza art. 87 ust. 1. Wskazany podwykonawca jest podmiotem, na które powołuje się wykonawca. Wskazał na orzecznictwo izby w analogicznych stanach faktycznych, np. KIO 9/15, 2854/12, 431/16 (z udziałem Zamawiającego i identycznymi zapisami SIWZ). Stwierdził, że zasady zmiany wykonawcy w toku realizacji zamówienia, wskazywane przez Odwołującego nie mają zastosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia zmierzającego do wyboru najkorzystniejszej oferty. W konsekwencji uznał zarzuty zawarte w 5 punktach odwołania za niezasadne. Zauważył także, że niektóre przepisy powołane nie występują w treści ustawy PZP.

Przypomniał treść punktu 8 formularza oferty, który dotyczy nie tylko podwykonawstwa lecz również potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w oparciu o udostępnione zasoby podmiotu trzeciego.

Przystępujący podzielił stanowisko Zamawiającego oraz własne, zawarte w złożonym piśmie. Zauważył, że warunki udziału w postępowaniu należy wykazać na dzień składania ofert. Stwierdził także, że gdyby uznać możliwość zmiany podwykonawcy, to należałoby wykazać, iż następca ma takie samo doświadczenie jak pierwotny wykonawca, a w okolicznościach tego postępowania wobec braku wykazania doświadczenia podwykonawcy podanego w ofercie, nie ma możliwości porównania wymaganego doświadczenia.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wypełnia przesłanki, wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie był sporny pomiędzy stronami. Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 5.3.2 Instrukcji dla wykonawców – rozdziale I SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący wymaganej od wykonawcy wiedzy i doświadczenia polegających na budowie obiektu mostowego o określonej minimalnej długości w ciągu drogi publicznej. Do oceny spełniania tego warunku wymagał przedłożenia wykazu wykonanych robót. Jednocześnie Zamawiający dopuścił możliwość polegania przez wykonawcę na zasobach podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz określił wymagane w tym zakresie dokumenty.

Odwołujący wskazał w ofercie w pkt 8 formularza podwykonawcę Dromtech sp. z o.o., natomiast nie złożył w ofercie dokumentów mających na celu potwierdzenie spełniania ww. warunku, nie wskazał także, jakie części zamówienia podmiot ten będzie wykonywać.

W toku postępowania Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 do uzupełnienia ww. dokumentów, a po otrzymaniu dokumentów, w których przedstawiono innego podwykonawcę – konsorcjum Poldróg, także na okoliczność udostępnienia potencjału w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp oraz wykluczył odwołującego z postępowania uznając, że wykonawca dokonał niedopuszczalnej zmiany treści i oferty i nie wykazał wymaganego doświadczenia.

Wobec braku załączenia do oferty Odwołującego dokumentów potwierdzających spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia Zamawiający nie miał wystarczającej wiedzy, jakimi zasobami w zakresie wiedzy i doświadczenia dysponuje wykonawca oraz czy są to jego własne zasoby niezbędne do realizacji zamówienia, czy też zasoby innych podmiotów, oddane mu do dyspozycji. Wątpliwość ta została usunięta w odpowiedzi wykonawcy na

wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Podkreślić należy, że zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 2b Pzp, wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zatem, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawca może powołać się na zasoby podmiotu trzeciego. Możliwość korzystania w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu z potencjału innego wykonawcy została ograniczona jednak wymogiem udowodnienia realnego dysponowania zasobami. Na realność udostępnienia w okolicznościach sprawy wskazuje deklaracja podmiotu trzeciego udziału w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy.

Izba w pełni podziela stanowisko wyrażone w opinii zaprezentowanej w publikacji UZP „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” nr 11/2011, iż uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp obejmuje również dokumenty (w tym zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów) składane w trybie art. 26 ust. 2b Pzp. Jak stwierdzono w ww. opinii: „Warto również poświęcić kilka słów kwestii możliwości uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia podmiotu trzeciego. Należy zgodzić się ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 9 czerwca 2010 roku (sygn. KIO/UZP 1026/10), która stwierdziła, że pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału kadrowego wykonawcy składającego ofertę w postępowaniu celem potwierdzenia spełniania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu jest dokumentem w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego w sytuacji, gdy dokument zawierający oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu przez ten podmiot na rzecz wykonawcy potencjału osobowego obarczony jest błędem z uwagi na wskazanie w nim innego podmiotu niż wykonawca, zamawiający powinien zastosować procedurę uzupełnienia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. /.../.”

Stwierdzić także należy, że treść formularza ofertowego także w zakresie określenia sposobu realizacji zamówienia stanowi treść oferty w rozumieniu ścisłym. Jest to element przedmiotowy nie podlegający modyfikacji. Elementem tym, także objętym sporem, jest stwierdzenie wykonawcy, że przedmiot zamówienia zostanie zrealizowany z udziałem podwykonawcy. W wyniku uzupełnienia dokumentów nie doszło jednak do zmiany tej treści

oferty, natomiast zmianie uległ element podmiotowy rozumiany jako wskazanie innego podwykonawcy oraz powołanie się na zasoby tego podwykonawcy jako podmiotu udostępniającego swoją wiedzę i doświadczenie, który to potencjał został przedstawiony na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Te ostatnie o charakterze podmiotowym jako nie stanowiące wprost treści oferty, mogą być stosownie do art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy, uzupełniane, co miało miejsce w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Stosownie do powyższego, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz zgodnie z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 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 rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: