

Sygn. akt: KIO 957/20

WYROK

z dnia 6 lipca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lipca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 maja 2020 r. przez wykonawcę **NOVA TERM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Al. Powstańców Wielkopolskich 163A lok. 6, 64-920 Piła** w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu, ul. Wojska Polskiego 28, 60-637 Poznań**

przy udziale wykonawcy **J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N., Siedleczek 18, 62-025 Kostrzyn** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża NOVA TERM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Al. Powstańców Wielkopolskich 163A lok. 6, 64-920 Piła i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **NOVA TERM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Al. Powstańców Wielkopolskich 163A lok. 6, 64-920 Piła** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **NOVA TERM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa, Al. Powstańców Wielkopolskich 163A lok. 6, 64-920 Piła** na rzecz **Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu, ul. Wojska Polskiego 28, 60-637 Poznań** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący :

U z a s a d n i e n i e

Uniwersytet Przyrodniczy w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie termomodernizacji Budyńku Głównego ZSP i Budyńku Dydaktyczno-Warsztatowego ZSP Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 13 marca 2020 r. pod pozycją 523212-N-2020.

W dniu 4 maja 2020 r. wykonawca NOVA TERM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Pile (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę – J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N.,
2. zaniechaniu wykluczenia J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. z przedmiotowego postępowania,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. .

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Powyższe naruszenie w konsekwencji doprowadziło do tego, że oferta ww. wykonawcy nie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i niewykluczenie J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. pomimo tego, że wykonawca

ten celowo lub w wyniku rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd, polegający na tym, że J. N. nie będzie przedstawiał informacji o samodzielnym posiadaniu środków finansowych lub zdolności kredytowej i że posłuży się oświadczeniami innych podmiotów, podczas gdy wykonawca ten w ofercie oświadczył, że samodzielnie spełni warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej i ekonomicznej. Powyższe naruszenie w konsekwencji doprowadziło do tego, że oferta tego wykonawcy nie została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał, że w dniu 21 kwietnia 2020 r. wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu. Częścią tej oferty było oświadczenie J. . który oświadczył, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) w rozdziale V. pkt. 1.2 ppkt. 2) oraz Ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III.1 nie polega na zasobach innych podmiotów (osób trzecich). Wypełniając formularz tego oświadczenia wykonawca zaznaczył bowiem, że nie dotyczy go kwestia polegania na zasobach innych podmiotów.

Odwołujący przypomniał, że zgodnie z rozdziałem V. pkt. 1.2 ppkt. 2) SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Jednocześnie Zamawiający wskazał, że uzna wymóg dotyczący wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolności kredytowej za spełniony, jeśli wykonawca przedstawi, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 400.000.00 zł (słownie: czterysta tysięcy złotych).

J. N., na wezwanie Zamawiającego po terminie otwarcia ofert, w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie przedłożył:

- 1) zaświadczenie o posiadaniu rachunku H. N. na dzień 23 marca 2020 r.,
- 2) oświadczenie H. N. z dnia 27 kwietnia 2020 r., w którym zobowiązuje się ona do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów finansowych w kwocie 200.772,42 zł,
- 3) zaświadczenie o posiadaniu rachunku A. N. na dzień 23 marca 2020 r.,
- 4) oświadczenie A. N. z dnia 27 kwietnia 2020 r., w którym zobowiązuje się ona do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów finansowych w kwocie 200.520,00 zł.

Odwołujący przywołał pogląd wyrażony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w odniesieniu do wyroku Wyrok Trybunału Sprawiedliwości (piąta izba) z dnia 4 maja 2017 r. w/s — Esaprojekt (Sprawa C-387/14): „Trybunał przesądził zatem, że w sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę dla potwierdzenia spełnienia konkretnego warunku udziału opiera się jedynie na własnych zdolnościach, a okaże się, że przedłożone przez niego oświadczenia dokumenty nie potwierdzają spełnienia tego warunku, nie może w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego przedstawić dokumentów podmiotów trzecich i dopiero na tym etapie powołać się na ich zdolności w celu wykazania spełnienia warunku. (...) dyrektywa 2014/24/UE nadal nie przewiduje możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału przez wykonawcę, który w momencie składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach. W tym właśnie zakresie zastosowanie znajdzie zakaz sformułowany przez Trybunał w omawianym wyroku w sprawie Esaprojekt.”.

Z powyższego Odwołujący wywiódł, że J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. nie mógł powoływać się na zdolności finansowe H. N. i A. N. w ramach wyjaśniania lub uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę – J. N., skoro w momencie składania oferty opierał się on jedynie na własnych zdolnościach (co wynika z jego własnego oświadczenia).

Tym samym, w ocenie Odwołującego, należy uznać, że J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie wykazał, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości nie mniejszej niż 400.000,00 zł. Wykonawca ten nie mógł powoływać się na zasoby osób trzecich, skoro w ofercie oświadczył, że nie będzie polegać na zasobach innych podmiotów. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający uchybił obowiązkowi wykluczenia ww. wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący ponadto uznał, że działanie J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. było zamierzonym działaniem lub było spowodowane jego rażącym niedbalstwem i doprowadziło do wprowadzenia Zamawiającego w błąd, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Błąd ten polegał na tym, że Zamawiający (prawdopodobnie) uznał, że J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. w swojej ofercie wskazał, że będzie powoływać

się na zasoby podmiotów trzecich. Tymczasem z oświadczenia ww. wykonawcy wynikało, że nie będzie się on powoływał na takie zasoby. W konsekwencji Zamawiający mógł błędnie przypuszczać, że J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. nie będzie przedstawiał informacji o samodzielnym posiadaniu środków finansowych lub zdolności kredytowej i że posłuży się oświadczeniami innych podmiotów. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający uchybił obowiązkowi wykluczenia ww. wykonawcy zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji odrzucenia oferty ww. wykonawcy zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:

1. przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:
 - 1) wszelkich dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez Zamawiającego,
2. uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
 - (i) wykluczenia J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. z udziału w postępowaniu,
 - (ii) odrzucenia oferty złożonej przez J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N.,
 - (iii) dokonania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego

ewentualnie - w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą, iż oferta złożona przez J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. nie podlega odrzuceniu, a wykonawca ten wykluczeniu - nakazanie Zamawiającemu powtórzenia badania i oceny ofert i wezwanie do złożenia odpowiednich dokumentów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. .

Pismem z dnia 14 maja 2020 r. (wpływ do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 maja 2020 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie jako bezzasadnego.

W dniu 18 maja 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia

14 maja 2020 r.), w której wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Zamawiający podał, że przed upływem terminu składania ofert, tj. 21 kwietnia 2020 r. do godziny 09.00 wpłynęło 11 ofert. Jedną z nich złożyła Firma Remontowo-Budowlana J. N. z Siedleczek. Firma ta złożyła ofertę w przeddzień upływu terminu składania ofert, tj. 20 kwietnia 2020 r. Następnie, dnia 21 kwietnia 2020 r. rano o godzinie 7.50, a więc przed upływem terminu składania ofert wykonawca ten złożył oświadczenie o zmianie oferty. Zamawiający wskazał, że w treści oświadczenia wykonawca powołał się na art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Jak zauważył Zamawiający, Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia obowiązująca w postępowaniu jednoznacznie wskazywała na możliwość zmiany oferty (pkt X.13).

Zamawiający stwierdził, że wykonawca Firma Remontowo-Budowlana J. N. nie zachował wymagań dotyczących opakowania oświadczenia o zmianie oferty, jednak okoliczność ta nie stoi na przeszkodzie uwzględnieniu tego oświadczenia. Zamawiający zwrócił przy tym uwagę na treść pkt X.11 Specyfikacji, zgodnie z którym „Jeżeli oferta zostanie złożona w inny sposób i w innym miejscu niż wyżej opisanym, Zamawiający nie bierze odpowiedzialności za niedostarczenie w wymaganym terminie do Działu Zamówień Publicznych jak również za nieprawidłowe skierowanie czy przedwczesne lub przypadkowe otwarcie ofert.”. Powyższe, a także utrwalona linia orzecznicza, wskazują, zdaniem Zamawiającego, że niezachowanie wymagań dotyczących opakowania oferty stanowi niezgodność formy, a nie treści z Specyfikacji i nie skutkuje ani odrzuceniem oferty, ani nieprzyjęciem oświadczenia o jej zmianie. W ocenie Zamawiającego, złożenie oświadczenia bez opakowania jest tym bardziej zrozumiałe, że wykonawca dokonał jedynie zmiany oświadczenia o poleganiu na zasobach podmiotów trzecich, co trudno uznać za tajemnicę przedsiębiorstwa. Pierwotnie załączone do oferty oświadczenie wskazywało, że wykonawca nie polega na zasobach podmiotów trzecich. W treści zmienionego oświadczenia wykonawca oświadczył, że polega na zasobach osób trzecich w zakresie środków finansowych. Zamawiający podkreślił, że fakt złożenia ww. oświadczenia został odnotowany w protokole postępowania w pkt 27. - wśród chronologicznie ułożonych załączników wymieniono w pkt 14 przedmiotowe oświadczenie i załączono je do protokołu postępowania.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący dokonując wglądu do dokumentacji dnia 30 kwietnia 2020 r. skupił się na analizie i wykonaniu zdjęć oferty wykonawcy Firma Remontowo-Budowlana J. N. oraz złożonych przez tego wykonawcę na wezwanie Zamawiającego dokumentów podmiotowych. Odwołujący nie przeglądał całości dokumentacji, w szczególności protokołu postępowania, nie widział więc przedmiotowego oświadczenia.

Jak zauważył Zamawiający, całość odwołania oparta jest więc na nieprawdziwym założeniu, że wykonawca Firma Remontowo-Budowlana J. N. zmienił po złożeniu oferty swoje oświadczenie w zakresie polegania na zasobach podmiotów trzecich. Tymczasem swoje pierwotne oświadczenie w tym zakresie wykonawca zmienił przed upływem terminu składania ofert w sposób przewidziany w przepisach prawa i treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy wymieniony w treści uzasadnienia, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych zarzutów Izba uznała, że nie zaistniały podstawy do jego uwzględnienia.

Izba ustaliła, że termin składania ofert został określony przez Zamawiającego na dzień 21 kwietnia 2020 r. godz. 9 (Protokół postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego, pkt 10).

Izba ustaliła ponadto, że w dniu 21 kwietnia 2020 r. o godz. 7:50 (okoliczności wskazane na prezentacie widniejącej na 1 stronie pisma) wpłynęło do Działu Zamówień Publicznych Zamawiającego oświadczenie złożone przez J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. oświadczenie o treści: „Na podstawie art. 84 ust. 1 Ustawy Pzp zmieniam treść załącznika nr 3 w złożonej ofercie i zastępuję nowym załącznikiem. Poprzez pośpiech został załączony załącznik nr 3 nie ten, który być powinien w ofercie.”. Do ww. załącznika dołączone zostało oświadczenie ww. wykonawcy, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych przez Zamawiającego w SIWZ w rozdziale V. pkt 1.2 ppkt 2 oraz Ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III.1 wykonawca ten polega na zasobach podmiotów – osób trzecich: Pani H. N. oraz

Pani A. N. w zakresie środków finansowych (400 tys. zł) (Załącznik nr 3 datowany na dzień 21 kwietnia 2020 r.).

Izba stwierdziła, że powyższe oświadczenie wykonawcy J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. stanowi skuteczną zmianę treści oferty. W ocenie Izby, brak jest podstaw do zakwestionowania oświadczenia przedstawiciela Zamawiającego przyjmującego oświadczenie ww. wykonawcy co do daty i godziny wpływu tego oświadczenia. Powszechną praktyką jest wskazywanie okoliczności wpływu pisma w formie prezentaty. Podstaw do zakwestionowania okoliczności wskazanych na prezentacie nie wykazał też Odwołujący. Ponadto, wątpliwości nie budzi treść złożonego przez wykonawcę J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. oświadczenia – wykonawca ten wskazał bowiem wprost, że zmienia treść załącznika nr 3 w złożonej ofercie i zastępuje go nowym załącznikiem. Wykonawca powołał się także na art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca może, przed upływem terminu do składania ofert, zmienić lub wycofać ofertę. Zakres zmiany także został jednoznacznie określony przez wykonawcę, bowiem w zmienionym załączniku nr 3 wprost wskazano, w jakim zakresie wykonawca polega na zasobach podmiotów trzecich, a także wymieniono owe podmioty. Izba zważyła przy tym, że SIWZ w pkt X ppkt 13 wskazywała na możliwość zmiany treści oferty.

O braku skuteczności dokonanej przez J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. zmiany oferty nie może świadczyć okoliczność, że oświadczenie z dnia 21 kwietnia 2020 r. nie zostało złożone w kopercie odpowiednio opisanej. Niezastosowanie się przez wykonawcę do wymogów złożenia oferty w zaklejonej, odpowiednio opisanej kopercie, stanowi ryzyko wykonawcy, że oferta nie dotrze w stosownym czasie do właściwej komórki zamawiającego. W przedmiotowej sprawie sytuacja taka nie miała jednak miejsca. Oświadczenie o zmianie treści oferty wpłynęło do Działu Zamówień Publicznych Zamawiającego przed terminem składania ofert, zostało odnotowane przez Zamawiającego, i jako uchybienie wyłącznie o charakterze formalnym nie może stanowić o braku skuteczności dokonanej zmiany treści oferty.

Wobec stwierdzenia przez Izbę, że oferta J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. została skutecznie zmieniona w zakresie oświadczenia o sposobie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale V. pkt 1.2 ppkt 2 SIWZ oraz sekcji III.1 Ogłoszeniu o zamówieniu, Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia odwołania. Odwołujący oparł stawiane zarzuty na

pierwotnej treści oferty ww. wykonawcy. Wobec dokonanej przez J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. zmiany oferty w zakresie polegania na zasobach podmiotów trzecich, twierdzenia Odwołującego o nieuprawnionym powoływaniu się przez ww. wykonawcę na zasoby H. N. i A. N. w dokumentach złożonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 kwietnia 2020 r. są pozbawione podstaw jako nie mające oparcia w ustalonym stanie faktycznym. Co za tym idzie, w przedmiotowej sprawie nie ma także zastosowania reguła wynikająca z przywołanego przez Odwołującego wyroku Trybunału Sprawiedliwości w sprawie Esaprojekt (C-387/14). W konsekwencji, wobec dokonanych przez Izbę, opisanych powyżej ustaleń, brak jest podstaw do stwierdzenia, że wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. powinien podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp czy też na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na powołanie się na zdolności finansowe podmiotów trzecich.

Izba uznała, że rozpoznaniu nie mogą podlegać podniesione na rozprawie przez Odwołującego okoliczności, że z uwagi na datę wystawienia złożonych przez wykonawcę J. N. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. zobowiązań podmiotów trzecich – H. N. i A. N., tj. 27 kwietnia 2020 r., i ich treść, uznać należy, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący argumentował, że zobowiązania podmiotów trzecich mogły zostać wystawione po terminie składania ofert, ale z ich treści powinno wynikać, że zobowiązanie istniało także w dniu składania ofert. Izba stwierdziła, że przedmiotowa argumentacja stanowi nieuprawnione rozszerzenie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Wskazać bowiem należy, że odwołanie Odwołujący oparł wyłącznie na twierdzeniu, że wykonawca J. N. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Remontowo-Budowlana J. N. zadeklarował w ofercie, że nie będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich, po czym na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów powołał się na zdolności finansowe takich podmiotów. To fakt (niepotwierdzony) wprowadzenia do oferty po terminie składania ofert podmiotów trzecich dla wykazania spełniania warunku stanowi okoliczność uzasadniającą wniesienie odwołania. Przedstawione na rozprawie przez Odwołującego twierdzenia odnoszące się do treści zobowiązań podmiotów trzecich mające na celu wykazanie, że brak w nich potwierdzenia, że zobowiązanie istniało na dzień składania ofert, w sposób nie budzący wątpliwości stanowi nowy zarzut, wykraczający poza treść odwołania, podniesiony po terminie na wniesienie odwołania.

Zauważenia wymaga, że to treść odwołania, kwestionowana w nim czynność, podniesione zarzuty, oraz wskazane okoliczności faktyczne i prawne, wyznaczają zakres rozstrzygnięcia. Zgodnie z dyspozycją art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały zawarte w odwołaniu. Przepis art. 180 ust. 3 ustawy Pzp (analogicznie § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań) określa wymogi co do treści odwołania i stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Wskazany przepis jednoznacznie wymaga, aby zarzut został zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym.

W doktrynie i orzecznictwie utrwalony jest pogląd, że o zarzucie nie decyduje jedynie wskazana podstawa prawna, ale także podstawa faktyczna zarzutu, zarzut to nie tylko wskazanie normy prawa, ale także uzasadnienie faktyczne. Samo bowiem wskazanie przepisu prawa nie tworzy zarzutu, zarzuty to okoliczności faktyczne, na które powołuje się wykonawca w związku z ocenianym zachowaniem zamawiającego w postępowaniu, a które, zdaniem wnoszącego środek ochrony prawnej, doprowadziło do naruszenia przepisów prawa (patrz wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 18 czerwca 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 545/08, z dnia 12 lutego 2014 r., sygn. akt KIO 140/14, z dnia 7 października 2016 r., sygn. akt KIO 1738/16, KIO 1740/16, z dnia 3 marca 2017 r., sygn. akt KIO 179/17, z dnia 11 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO 1536/17). W wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r., sygn. akt X Ga 110/09 stwierdza się, że: „O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”. Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r., sygn. akt I Ca 117/12: „W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla

KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezwartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.” Ponadto zauważyć należy, że zgodnie z orzeczeniami Sadu Najwyższego to nie podanie podstawy prawnej, a uzasadnienie faktyczne jest niezbędne do skutecznego złożenia środka zaskarżenia - w uzasadnieniu wyroku z 24 marca 2014 r., sygn. akt III CSK 156/14 Sąd Najwyższy stwierdził: „Oznacza to, że nawet wskazanie jej przez powoda nie jest wiążące dla sądu, który w ramach dokonywanej subsumcji jest zobowiązany do oceny roszczenia w aspekcie wszystkich przepisów prawnych, które powinny być zastosowane jako mające oparcie w ustalonych faktach (por. orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 13 czerwca 1947 r., C III 137/47, OSNC 1948, nr 1, poz. 20, z dnia 2 maja 1957 r., II CR 305/57, OSNC 1958, nr 3, poz. 72; wyrok z dnia 15 września 2004 r., III CK 352/03, niepubl.). Podanie błędnej podstawy prawnej nie może wywołać negatywnych skutków dla powoda. Zwrócono również uwagę w orzecznictwie na to, że wskazanie w pozwie przez profesjonalnego pełnomocnika powoda podstawy prawnej żądania, mimo braku takiego obowiązku, może spowodować ukierunkowanie postępowania, przez pośrednie określenie okoliczności faktycznych uzasadniających żądanie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 lutego 1999 r., I CKN 252/98, OSNC 1999, nr 9, poz. 152). Ukierunkowanie to nie może jednak oznaczać formalnego związania sądu podaną podstawą prawną zwłaszcza, gdy okoliczności faktyczne mogą stanowić oparcie dla innej, adekwatnej podstawy prawnej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2002 r., III CKN 182/01, niepubl.). (...) Niedopuszczalne byłoby zasądzenie przez sąd czegokolwiek na podstawie innego stanu faktycznego niż ten, który jest podstawą powództwa.”.

Dodatkowo, wskazania wymaga, że zarzuty winny zostać w pełni sprecyzowane już w samym odwołaniu, gdyż umożliwia to zamawiającemu i uczestnikom postępowania, odniesienie się do kwestionowanych przez Odwołującego czynności Zamawiającego. Określenie, po wniesieniu odwołania, dodatkowych podstaw faktycznych, świadczących o naruszeniu wskazanych w odwołaniu podstaw prawnych, należy uznać za spóźnione (podobnie Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 10 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1498/13).

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 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. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :