

WYROK
z dnia 7 listopada 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2019 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Infra SILESIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny z siedzibą w Gdańsku

przy udziale wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego: M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GÓR-TOR M. G.

orzeka:

1. Uwzględni odwołanie w zakresie zarzutów naruszenia przepisów art. 22a ust. 1, ust. 2 i ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych wykonawcy M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GÓR-TOR M. G., a w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.
2. Oddała odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołujących tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołujących kwotę 23 864 zł 10 gr (słownie: dwadzieścia trzy tysiące osiemset sześćdziesiąt cztery złote dziesięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

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 Warszawa – Praga w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie w imieniu której działa PKP Polskie Linie Kolejowe Spółka Akcyjna Centrum Realizacji Inwestycji Region Północny z siedzibą w Gdańsku prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na wykonanie robót budowlanych na odcinku Kaliska Kujawskie – Czerniewice – etap III w ramach zadania inwestycyjnego „Prace na linii kolejowej nr 18 na odcinku Kutno – Toruń Główny”. Wartość ww. zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), dalej jako „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 14 maja 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 092-223464.

I. W dniu 23 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Budownictwa Specjalistycznego „TRANSKOL” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach oraz Infra SILESIA Spółka Akcyjna z siedzibą w Rybniku wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na dokonaniu wyboru oferty wykonawcy M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GÓR-TOR M. G. jako najkorzystniejszej, pomimo że oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez ww. wykonawcę, który podlegał wykluczeniu z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.3 ppkt a) Tomu I Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - Instrukcja dla Wykonawców (dalej: „IDW”) oraz zaniechania czynności wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu, pomimo że nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący zarzucili zamawiającemu naruszenie następujący przepisów:

- art. 7 ust. 1 i art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez uznanie przez zamawiającego dopuszczalności dokonania przez wykonawcę GÓR-TOR M. G. pismem z dnia 12 września 2019 r. zmiany pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku określonego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW z A. N. Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowe WAPNOPOL na Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o., pomimo że z pierwotnej oferty nie wynikał zamiar zaangażowania przez tego wykonawcę do realizacji

- zamówienia zasobu sytuacji ekonomicznej lub finansowej Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. i nie dysponował nim na dzień składania ofert;
- art. 22a ust. 1, ust. 2 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez uznanie, że udostępnienie wykonawcy GÓR-TOR M. G. zasobu ekonomicznego Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. jest rzeczywiste i pozwala na spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW;
 - art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy GÓR-TOR M. G., pomimo że nie wykazał on, że realnie dysponuje zasobami podmiotu trzeciego w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej i w związku z tym nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie, tj. że posiada w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych średni roczny przychód netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 29 000 000,00 PLN;
 - art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę GÓR-TOR M. G., pomimo że wykonawca ten podlegał wykluczeniu z powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW i jego oferta winna zostać uznana za odrzuconą, oraz wybór jego oferty jako najkorzystniejszej;
 - art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów) oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenia z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykonawcy GÓR-TOR M. G. z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW, a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę, jako złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Powołując się na przedstawione w odwołaniu okoliczności stanu faktycznego niniejszej sprawy odwołujący stwierdzili w szczególności, iż wykonawcy GÓR-TOR M. G. – w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW - nie przysługiwało prawo zastąpienia wskazanego podmiotu trzeciego (Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowe WAPNOPOL A. N.) innym podmiotem trzecim (Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o.), albowiem zamiar skorzystania z zasobów w postaci sytuacji ekonomicznej drugiego z wymienionych podmiotów nie wynikał z treści oferty wykonawcy GÓR-TOR M. G., a nadto zasobami tego

podmiotu wykonawca GÓR-TOR M. G. nie dysponował na dzień składania ofert. Wskazanie nowego podmiotu trzeciego, na którego zasoby powołuje się wykonawca, nie jest bowiem możliwe po upływie terminu składania ofert. Uzasadniając powyższe twierdzenia odwołujący wskazali na konieczność dokonywania prounijnej wykładni przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Powołali się na stanowisko przedstawione w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie o sygn. akt C-387/14 oraz w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 października 2018 r. sygn. akt KIO 2083/18. Niezależnie od braku możliwości zastąpienia podmiotu trzeciego wskazanego w ofercie innym podmiotem trzecim odwołujący podnieśli, że wykonawca GÓR-TOR M. G. nie wykazał, że faktycznie (realnie) uzyskał dostęp do zasobów Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. w postaci średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży na wymaganym poziomie. Stwierdzili, iż treść oświadczenia o zobowiązaniu ww. podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy GÓR-TOR M. G. niezbędnych zasobów jest lakoniczna. Wskazali na brak szczegółowego określenia sposobu korzystania z zasobów i czy w istocie podmiot udostępniający daje gwarancję realnego dostępu do swoich zasobów, skoro będzie to korzystanie wyłącznie pośrednie i nie wiadomo na czym ta pośrednia możliwość korzystania miałyby polegać. Ww. dokument nie może zatem zdaniem odwołujących zostać uznany za wystarczający do wykazania przez wykonawcę GÓR-TOR M. G. dysponowania zasobami Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. w postaci sytuacji ekonomicznej tego podmiotu i potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW. Odwołujący wskazali, iż mając na uwadze zasadę jednokrotności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest możliwe dalsze uzupełnienie dokumentów w powyższym zakresie i w związku z tym wykonawca GÓR-TOR M. G. winien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a wobec złożonej przez niego oferty winny znaleźć zastosowanie przepisy art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

II. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 7 listopada 2019 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. Zamawiający stwierdził w szczególności, iż w przepisie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp ustawodawca wprost przewidział możliwość zastąpienia przez wykonawcę podmiotu trzeciego – innym podmiotem. Powołał się na stanowisko zaprezentowane w wyroku Izby z dnia 3 września 2018 r. sygn. akt KIO 1643/18 oraz opiniach Urzędu Zamówień Publicznych. Zauważył, iż na taką możliwość powołał się również w treści SIWZ, co nie było przedmiotem odwołania ze strony odwołujących w terminie wynikającym z art. 182 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający uznał, iż treść oświadczenia Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. o zobowiązaniu do oddania do dyspozycji wykonawcy GÓR-TOR M. G. swoich zasobów jest wystarczająca do wykazania spełniania przez tego

wykonawcę warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW. Wskazał, iż zgodnie ze złożonym oświadczeniem ww. podmiot będzie solidarnie odpowiadał z wykonawcą za szkodę poniesioną przez zamawiającego wskutek nieudostępnienia tych zasobów, o ile nie wykaże braku swojej winy w związku z nieudostępnieniem tych zasobów.

III. Pismem wniesionym do Prezesa Izby w dniu 25 października 2019 r. wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą GÓR-TOR M. G. (dalej jako „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem wniesionym w dniu 7 listopada 2019 r. przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wskazując, iż odwołanie wniesione w dniu 23 października 2013 r. jest tożsame – w zakresie zarzutów, ich uzasadnienia faktycznego jak i wniosków – z odwołaniem wniesionym uprzednio przez odwołujących w dniu 2 października 2019 r. W związku z tym termin do wniesienia przedmiotowego odwołania należy liczyć od pierwszej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej (23 września 2019 r.), a zatem upłynął on w dniu 3 października 2019 r.

W kolejnym piśmie wniesionym w dniu 7 listopada 2019 r. (wobec oddalenia przez Izbę wniosku o odrzucenie odwołania) przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Poparł stanowisko zamawiającego odnośnie interpretacji art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, powołując się na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej oraz opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Stwierdził, iż oświadczenie o zobowiązaniu Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. do oddania do jego dyspozycji zasobów w postaci średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży zawiera wszystkie żądane przez zamawiającego informacje. Wskazał na okoliczność solidarnej odpowiedzialności wykonawcy i podmiotu udostępniającego zasoby za szkodę poniesioną przez zamawiającego wskutek nieudostępnienia tych zasobów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba nie uwzględniła wniosku złożonego w tym zakresie przez przystępującego. Należy bowiem wskazać, iż wprawdzie zarzuty zawarte w obecnie rozpoznanym odwołaniu zostały już uprzednio podniesione w odwołaniu wniesionym w dniu 3 października 2019 r., to jednak czynność wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 września 2019 r., wobec której to odwołanie zostało wniesione, została przez

zamawiającego unieważniona po wniesieniu tego odwołania, tj. w dniu 7 października 2019 r. Po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w dniu 7 października 2019 r. nie było zatem czynności zaskarżonej odwołaniem wniesionym w dniu 3 października 2019 r. Odwołanie to nie mogło zatem przynieść pozytywnego skutku dla odwołujących – Izba nie mogłaby zgodnie z wnioskiem odwołujących nakazać unieważnienia czynności, która już z postępowania została wyeliminowana. Izba nie mogłaby również stwierdzić zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania czy też zaniechania odrzucenia jego oferty – stwierdzenie zaniechania ww. czynności mogłoby mieć miejsce dopiero w sytuacji dokonania przez zamawiającego czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Podsumowując należy stwierdzić, iż odwołujący w terminie zgodnym z przepisami ustawy Pzp (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) wniesli odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 września 2019 r., wobec unieważnienia zaskarżonej odwołaniem czynności złożyli oświadczenie o wycofaniu odwołania, a następnie z zachowaniem terminu przewidzianego przepisami ustawy Pzp (art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) ponowili odwołanie wobec czynności powtórnego wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej. Postępowanie odwołujących było prawidłowe. W tej sytuacji uwzględnienie wniosku przystępującego w przedmiocie odrzucenia odwołania wniesionego przez odwołujących dnia 23 października 2019 r. stanowiłoby niezgodne z przepisami ustawy Pzp pozbawienie odwołujących prawa do skorzystania ze środka ochrony prawnej uregulowanego przepisami tejże ustawy.

Izba stwierdziła, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, do wniesienia odwołania.

Na podstawie dokumentacji Postępowania Izba ustaliła w szczególności, co następuje:

Zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej zawartym w punkcie 8.6.3 ppkt a) IDW zamawiający wymagał od wykonawców wykazania posiadania w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 29 000 000,00 PLN.

W formularzu ofertowym przystępujący złożył oświadczenie, iż wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, będzie polegać na zasobach następujących podmiotów (na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp):

- Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowe Wapnopol A. N. – w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- Skanska S.A. z siedzibą w Warszawie – w zakresie zdolności technicznej;
- Bahn Technik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu - w zakresie zdolności technicznej.

Pismem z dnia 19 sierpnia 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, tj. spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił w dniu 30 sierpnia 2019 r.

Pismem z dnia 11 września 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do „uzupełnienia wymaganych oświadczeń lub dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu”. W treści ww. pisma zamawiający wskazał między innymi, iż przystępujący załączył do oferty rachunek zysków i strat będący częścią sprawozdania finansowego za lata obrotowe: 2016, 2017 i 2018 podmiotu trzeciego – A. N. Przedsiębiorstwo Transportowo-Handlowe „WARNOPOL” wskazujący wysokości średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 29 000 000,00 złotych, nie przedstawiając opinii biegłego rewidenta za wskazane lata obrotowe.” W związku z powyższym zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do „uzupełnienia lub wyjaśnienia mającego na celu potwierdzenie spełnienia warunku wskazanego w pkt 8.6.3 Tomu I SIWZ”.

Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił pismem z dnia 12 września 2019 r. Przystępujący złożył oświadczenie, iż na podstawie art. 22a ust. 1, 2 i 6 ustawy Pzp dokonuje „zmiany podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku wskazanego w pkt 8.6.3 Tomu I SIWZ z firmy A. N. Przedsiębiorstwo Transportowo – Handlowe Wapnopol na firmę Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. 50-455 Wrocław ul. Kniaziewiczza 19 która wykazuje wysokość średniego rocznego przychodu ze sprzedaży w kwocie minimum 29 000 000,00 zł”. Jako załączniki do ww. pisma przystępujący złożył m. in. dokument zatytułowany „Zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia”. Dokument ten zawiera oświadczenie złożone w imieniu Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. o oddaniu przystępującemu na potrzeby wykonania zamówienia zasobów w postaci sytuacji ekonomicznej lub finansowej – w zakresie: „Średni roczny przychód netto ze sprzedaży w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych w kwocie 32.800.833,10 PLN”. Jako sposób wykorzystania udostępnionych zasobów wskazano: „„Gór-Tor” M. G. będzie korzystał z zasobów naszej firmy w sposób pośredni”. Charakter stosunku łączącego podmiot trzeci z przystępującym określono w następujący sposób: „Stosunek jaki będzie łączył naszą firmę z Wykonawcą będzie miał charakter umowny”. Natomiast zakres udziału przy wykonywaniu zamówienia określono jako: „Udostępnienie zasobów wskazanych w pkt a) powyżej w celu realizacji zamówienia”.

W dniu 23 września 2019 r. zamawiający zawiadomił o wyborze oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

W dniu 3 października 2019 r. odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu, a także zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia wymaganych oświadczeń i dokumentów w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.2 ppkt a) IDW, zaniechania wykluczenia przystępującego z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW i w konsekwencji zaniechania odrzucenia jego oferty.

W dniu 7 października 2019 r. odwołujący zawiadomił o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 23 września 2019 r. oraz o powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Następnie pismem z dnia 8 października 2019 r. zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów lub wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.2 ppkt a) IDW. Odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący udzielił w dniu 11 października 2019 r.

Pismem z dnia 14 października 2019 r. odwołujący dokonali wycofania odwołania złożonego w dniu 3 października 2019 r.

W dniu 16 października 2019 r. zamawiający zawiadomił o ponownym wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

W odniesieniu do zarzutów dotyczących uznania przez zamawiającego dopuszczalności dokonania przez przystępującego zmiany pierwotnie wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunku określonego w pkt 8.6.3 ppkt a) IDW z A. N. Przedsiębiorstwo Transportowo Handlowe WAPNOPOL na Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o., pomimo że z pierwotnej oferty nie wynikał zamiar zaangażowania przez tego wykonawcę do realizacji zamówienia zasobu sytuacji ekonomicznej lub finansowej Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. i nie dysponował nim na dzień składania ofert [zarzut pierwszy oraz w odpowiednim zakresie zarzuty czwarty i piąty]:

Izba podzieliła stanowisko reprezentowane przez zamawiającego i przystępującego, iż treść przepisu art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jest jednoznaczna. Zgodnie z tym przepisem *jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający*

żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1. Posłużenie się przez ustawodawcę wyrażeniem „zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami” przesądza, iż w tym przypadku chodzi o powołanie się na zasoby nowego podmiotu trzeciego na etapie badania i oceny ofert. Wymaga wskazania, iż skład orzekający Izby rozpoznający niniejszą sprawę częściowo podziela stanowisko zaprezentowane w powyższym zakresie przez odwołujących, powołujące się na wyrok Izby z dnia 23 października 2018 r. sygn. akt KIO 2083/18. Należy jednak wskazać, iż jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej „spoczywający na sądzie krajowym obowiązek odniesienia się do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa, w szczególności zasadę pewności prawa i zasadę niedziałania prawa wstecz, i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego contra legem (tak w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 15 kwietnia 2008 r. C-268/06; podobnie w wyroku z dnia 16 czerwca 2005 r. w sprawie C-105/03). Przyjęcie stanowiska prezentowanego przez odwołujących stanowiłoby wykładnię contra legem, skoro w art. 22a ust. 6 ustawy Pzp wyraźnie przewidziano uprawnienie wykonawcy do zastąpienia jednego podmiotu innym podmiotem trzecim, a nawet kilkoma takimi podmiotami, na etapie badania i oceny ofert. Należy również podkreślić, iż zasada pewności prawa ma bardzo istotne znaczenie w odniesieniu do procedury udzielania zamówień publicznych. Nie można zamawiającym zarzucać stosowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego instytucji w sposób jednoznaczny uregulowany w przepisach ustawy Pzp. Z drugiej strony należy mieć na uwadze, iż zastosowanie określonej wykładni przepisów korzystne dla jednego wykonawcy, na ogół wywołuje skutek w odniesieniu do sfery interesów innego wykonawcy, w szczególności poprzez pozbawienie go możliwości uzyskania zamówienia.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, iż w obecnym stanie prawnym nie można wykonawcom odmówić skorzystania z uprawnienia w sposób jednoznaczny uregulowanego w przepisie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Należy jednak z całą stanowczością podkreślić, iż ww. instytucję należy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosować z dużą ostrożnością, mając na uwadze uregulowane w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Powyższe dotyczy w szczególności stosowania zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów wypracowanej na gruncie regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Natomiast za zasadne Izba uznała zarzuty dotyczące niewykazania przez przystępującego dysponowania zasobami podmiotu trzeciego, tj. Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 8.6.3 ppkt a) IDW [zarzut drugi i trzeci oraz w odpowiednim zakresie zarzuty czwarty i piąty]. Należy podkreślić, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia zamawiającemu, iż udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego będzie miało realny charakter, a zatem, iż wykonawca faktycznie tymi zasobami będzie dysponował na etapie realizacji zamówienia (art. 22a ust. 2 w zw. z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp). Natomiast na zamawiającego został nałożony obowiązek zbadania, czy udostępnione wykonawcy zasoby podmiotu trzeciego pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 22a ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Należy podkreślić, iż za niewystarczające uznaje się przedstawienia wyłącznie formalnego oświadczenia o zobowiązaniu podmiotu trzeciego, jeżeli na podstawie informacji zawartych w tym oświadczeniu nie będzie można stwierdzić, iż wykonawca będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w sposób pozwalający na spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Mając to na uwadze za niewystarczającą należało uznać treść zobowiązania Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. przedstawionego przez przystępującego. Zgodnie z opisem warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej zawartym w punkcie 8.6.3 ppkt a) IDW zamawiający wymaga od wykonawców wykazania posiadania w ciągu ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres, średniego rocznego przychodu netto ze sprzedaży w kwocie minimalnej 29 000 000,00 PLN. Ze wskazania pośredniego sposobu wykorzystania zasobów oraz wskazania, iż przystępującego z podmiotem trzecim będzie łączył stosunek umowny nie wynika na czym będzie polegało udostępnienie zasobów w zakresie sytuacji ekonomicznej. Nie było zatem możliwe uznanie, iż udostępnienie to miało charakter realny, a zatem że przystępujący będzie faktycznie dysponował zasobami podmiotu trzeciego. Należy przy tym zauważyć, iż sytuacja ekonomiczna danego podmiotu określana wskaźnikiem ekonomicznym jakim jest uzyskanie przychodu na wymaganym poziomie jest ściśle związana z tym podmiotem i z tego powodu możliwość skorzystania z zasobów podmiotów trzeciego w odniesieniu do tej kategorii warunku jest bardzo ograniczona. Powyższe w żaden sposób jednak nie oznacza, iż w takiej sytuacji wykonawcę w mniejszym stopniu obciąża obowiązek udowodnienia, iż realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotu trzeciego. Ponadto należy zauważyć, iż dokonywanie oceny realności udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego możliwe jest dopiero w sytuacji przekazania w postępowaniu informacji pozwalających na dokonanie takiej oceny, co w analizowanym przypadku nie miało miejsca. Podanie ww. informacji winno mieć miejsce w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, dlatego jedynie dodatkowo należy zauważyć, iż również w trakcie rozprawy przed Izbą przystępujący nie wiedział w jakim sposób nastąpi udostępnienie tych zasobów – udzielając

odpowiedzi na zadane mu w tym zakresie pytanie, stwierdził, iż udostępnienie ww. zasobów będzie polegać na wynajęciu maszyn oraz udostępnieniu przychodu generowanego przez te maszyny. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja dotycząca solidarnej odpowiedzialności wykonawcy z podmiotem trzecim za szkodę poniesioną przez zamawiającego wskutek nieudostępnienia zasobów. Powyższe dotyczy odpowiedzialności odszkodowawczej, gdy zasoby nie zostaną udostępnione, a zatem nie ma znaczenia dla stwierdzenia faktu realnego udostępnienia zasobów.

Mając zatem na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż przystępujący nie wykazał, iż faktycznie będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 8.6.3. a) IDW, co oznacza brak wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu. W odniesieniu do tego warunku zamawiający wystosował już w toku postępowania wezwanie do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Należy zatem stwierdzić, iż wobec nieudzielenia odpowiedzi na ww. wezwanie w sposób potwierdzający spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu oraz obowiązującej zasady jednokrotności wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w stosunku do przystępującego zaistniała przesłanka wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zatem oferta tego wykonawcy, która zgodnie z art. 24 ust. 4 winna zostać uznana za odrzuconą, nie podlegała wyborowi jako najkorzystniejsza w postępowaniu. Ponadto istnieje konieczność dodania, iż w pkt 1 sentencji wyroku Izba omyłkowo wskazała również na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Należy bowiem wyjaśnić, iż zgodnie z przeważającym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej przyjmuje się, iż regulacja art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp znajduje zastosowanie w przypadku postępowań dwuetapowych, natomiast w przypadku wykluczenia wykonawcy z postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego zastosowanie ma przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Dokonanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie należy jednak traktować jako błędu w prowadzeniu postępowania, lecz jako czynność stanowiącą potwierdzenie przez zamawiającego, iż wobec wykluczenia wykonawcy z postępowania złożoną przez niego ofertą uznaje się za odrzuconą zgodnie z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie 1 i 2 sentencji wyroku, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania. Wprawdzie Izba tylko częściowo uznała za zasadne zarzuty postawione w odwołaniu, jednakże wobec tego, iż zarzuty te odnosiły się do tego samego warunku udziału w postępowaniu i częściowo tych samych okoliczności związanych z powołaniem się przez przystępującego na zasoby podmiotu trzeciego, a ponadto nakierowane były na wyeliminowanie przystępującego z postępowania, co zostało nakazane w pkt 1 sentencji wyroku, Izba uznała za zasadne obciążenie zamawiającego kosztami w całości.

Przewodniczący: