

Sygn. akt KIO 856/20
KIO 930/20

WYROK
z dnia 9 czerwca 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniach 20 i 30 kwietnia 2020 r. przez Odwoływających:

1. wykonawcę PolCam Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 856/20);
2. wykonawcę Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 930/20);

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie,

przy udziale:

1. wykonawcy Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Egis Projects Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Egis Projects S.A. z siedzibą w Guyancourt, Egis Road Operation Croatia d.o.o. z siedzibą w Zagrzebiu;

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 856/20 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołania.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołujących i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w łącznej wysokości 30.000,00 zł (słownie: trzydziestu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.) 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:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 856/20

KIO 930/20

Uzasadnienie

Skarb Państwa – Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie (dalej: „Zamawiający”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r., poz. 1843 j.t.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zaprojektowanie, wykonanie, implementację, obsługę oraz utrzymanie systemu poboru opłat za przejazd od pojazdów lekkich metodą elektroniczną z wykorzystaniem automatycznej identyfikacji numerów rejestracyjnych pojazdów (Videotolling) na płatnych państwowych odcinkach autostrad A2 Konin – Stryków i A4 Bielany Wrocławskie – Sośnica, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2 stycznia 2020 r., pod nr 2020/S 001-000493.

Sygn. akt KIO 856/20

10 kwietnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę PolCam Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Odwołujący”) o uznaniu, że podmiot WeAreDots SIA z siedzibą w Rydze („Podmiot”), na zasobach którego Odwołujący polega wykazując spełnianie warunku udziału w Postępowaniu, nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu, ponieważ Jednolity Europejski Dokument Zamówienia („JEDZ”) dla Podmiotu został złożony w języku angielskim.

Stanowiło to podstawę do wniesienia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: „Izba” lub „KIO”), w dniu 20 kwietnia 2020 r., odwołania, w którym zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 5 ustawy z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilnym (Dz.U. z 2019 r., poz. 1145 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Kc”, w zw. z art. 14 ust. 1 Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia decyzji Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2020 r. uznającej, że wobec Podmiotu nie wykazano, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania;
2. dokonania dalszych czynności związanych z oceną oferty i badaniem podmiotowości Odwołującego oraz dopuszczeniem do wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego.

Odwołujący podał, że w wyznaczonym terminie złożył ofertę.

Z dniem 10 marca 2020 r. Zamawiający wszczął wobec Odwołującego procedurę w trybie art. 90 ust.1 oraz ust. 1a pkt 1 Pzp, zmierzającą do uchylenia wątpliwości co do tego, czy oferta nie zawiera ceny rażąco niskiej.

Po zakończeniu procedury wyjaśnień dotyczących kwestii ceny rażąco niskiej, Zamawiający w dniu 20 marca 2020 r., działając w trybie art. 26 ust. 3 oraz ust. 3a Pzp, wezwał Odwołującego – w odniesieniu do Podmiotu – do złożenia: kopii zobowiązania, oświadczenia w formie JEDZ, dokumentu potwierdzającego, że J.V. jest umocowany do składania oświadczeń woli w imieniu Podmiotu. Na powyższe uzupełnienia Zamawiający wyznaczył termin do dnia 25 marca 2020 r.

W dniu 27 marca 2020 r. Zamawiający, działając w trybie art. 26 ust. 2f Pzp, nie wskazując na żadne okoliczności, które uzasadniałyby konieczność podjęcia tej procedury, wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających „spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę opisanych w Części II SIWZ, lit. A pkt 1.3”, uzupełniając ten tekst treścią § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. z 2016 r., poz. 1126 j.t. ze zm.), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, i zdaniem końcowym, zgodnie z którym „Wykaz należy sporządzić zgodnie ze wzorem określonym formularzem DP.2”.

W dniu 10 kwietnia 2020 r. Zamawiający informując, że działa na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, w punkcie I lit. a, w odniesieniu do Podmiotu, wezwał Odwołującego do podjęcia działań w trybie art. 22a ust. 6 uprawniających Odwołującego do:

- zastąpienia Podmiotu innym podmiotem lub podmiotami, lub
- zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia oraz wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w Postępowaniu,

wskazując, jako powód takiej decyzji – uznania, że w stosunku do tego podmiotu nie wykazano, że nie podlega wykluczeniu – fakt, że „JEDZ dla ww. podmiotu został złożony w języku angielskim”.

Odwołujący nie zgadza się z powyższą decyzją Zamawiającego.

Wymagane na mocy prawa – art. 25a ust. 3 pkt 1 Pzp – oświadczenie Podmiotu zostało złożone na standardowym formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia ustalonym przepisami rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Nie jest spornym, że oświadczenie zostało złożone na standardowym, jednolitym formularzu, w którym tytuły, komentarze i opisy – nie podlegające żadnym zmianom

lub modyfikacją, tzn. treści, co do których nie jest możliwa żadna ingerencja, tak zamawiających, jak i wykonawców – są opisane w języku angielskim. Inaczej mówiąc – oświadczenie zostało złożone na formularzu w angielskiej wersji językowej.

Natomiast tekst wprowadzany do treści oświadczenia:

- w Części I „Informacje dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia oraz instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego” – informacje dotyczące publikacji ogłoszenia, nazwy (tożsamości) Zamawiającego, krótki opis udzielanego zamówienia, numer referencyjny nadany przez Zamawiającego – są w języku polskim;
- w Części II „Informacje dotyczące wykonawcy” Sekcja A – obejmujące nazwę wykonawcy, informacje dotyczące kwestii podatku od towarów i usług (VAT), adres, wskazanie osoby wyznaczonej do kontaktu, dane teleadresowe – z uwagi na charakter nazw własnych nie wymagają tłumaczenia (jedyny wyjątek – pozostawiono bez tłumaczenia nazwę kraju siedziby wykonawcy „Latvia” zamiast polskiej nazwy „Łotwa”); pozostałe pozycje formularza wypełniane są tylko przez wskazanie odpowiedzi i nie zawierają żadnych tekstów słownych; w Sekcjach B, C i D – złożenie oświadczenia ogranicza się również tylko do wskazania odpowiedzi i nie zawiera żadnych tekstów słownych;
- w Części III „Podstawy wykluczenia” – złożenie oświadczenia ogranicza się również tylko do wskazania odpowiedzi i nie zawiera żadnych tekstów słownych;
- w Części IV „Kryteria kwalifikacji” – złożenie oświadczenia Zamawiający ograniczył do ogólnego oświadczenia dotyczącego wszystkich kryteriów kwalifikacji (opcja a) sprowadzając oświadczenie w tym zakresie do wskazania odpowiedzi na jedno pytanie i również ta część nie zawiera żadnych tekstów słownych.

Podsumowując:

- oświadczenie złożone przez Podmiot jest kompletne, obejmuje pełen zakres postaw wykluczenia wskazany przez Zamawiającego;
- w Części III formularza – „Podstawy wykluczenia” – żadna z udzielonych odpowiedzi nie wskazuje, aby istniała jakkolwiek podstawa wykluczenia podmiotu (we wszystkich jej Sekcjach: A: „Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo”, B: „Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne”, C: „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, D: „Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego” – udzielono tylko odpowiedzi przeczących „No”;

- w Części IV formularza – „Kryteria kwalifikacji” – na jedno zadane pytanie (wybrana przez Zamawiającego opcja „alfa”) dotyczące posiadania wymaganych kwalifikacji udzielono odpowiedzi potwierdzającej „Yes”;
- w żadnej ze wskazanych odpowiedzi nie zaistniała potrzeba rozszerzenia treści oświadczenia, przez konieczność dodania jakiegokolwiek tekstu obejmującego informację lub wyjaśnienia.

Odwołujący podkreślił, że wnosząc odwołanie w żaden sposób nie podważa istotności przepisu art. 9 ust. 2 Pzp, wskazującego że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim. Zupełnie oczywistym jest racjonalność i celowość ogólnej zasady, aby dokumenty sporządzone w innym języku były składane wraz z tłumaczeniem na język polski – trudno aby obowiązkiem ich tłumaczenia obarczać zamawiających. Jednak – zdaniem Odwołującego – czymś innym jest kwestia dokumentów zawierających teksty, których tłumaczenie jest nieodzowne, aby właściwie i poprawnie odczytać treść takiego dokumentu, jak np. w odniesieniu do Podmiotu – tłumaczenia: wyciągu z REJESTRU PRZEDSIĘBIORSTW REPUBLIKI ŁÓTEWSKIEJ, czy też referencji, a czymś innym – złożenie oświadczenia na standardowym jednolitym formularzu, którego tylko pozycje formularza opisane są w jednym z języków Unii, przez wprowadzenie treści w języku polskim i tylko zaznaczanie odpowiedzi na identyczne pytania opisane w jednym z tych języków UE.

Przedstawiając powyższe wyjaśnienia nie można również pominąć wymagań, jakie w tym zakresie postawił Zamawiający oraz wymagań wskazanych przepisami Pzp”

- Zamawiający, postanowieniem ujętym w Części I SIWZ, pkt. 6.2., wymagał aby składany JEDZ był sporządzony w oryginale, w postaci dokumentu elektronicznego, w języku polskim, nie dopuszczając możliwości dołączenia tłumaczenia;
- wymóg ujęty przepisem art. 25a ust. 3 Pzp nakazuje wykonawcy, w sytuacji polegania na zasobach podmiotu trzeciego, złożyć oświadczenie „dotyczące” tego podmiotu, co Odwołujący jednak rozumie jako „oświadczenie złożone przez podmiot trzeci” a nie tylko „oświadczenie odnoszące się do podmiotu trzeciego”.

Osoba uprawniona do reprezentowania podmiotu nie znając języka polskiego, nie mogła odpowiedzialnie złożyć wymaganego oświadczenia w języku polskim. Jednocześnie, zdając sobie sprawę z niewielkiej znajomości języka łotewskiego, samodzielnie sporządziła oświadczenie na formularzu w języku, który jest zarówno zrozumiały dla niego, jak i powszechnie znany i stosowany w relacjach biznesowych – angielskim.

W ocenie Odwołującego w objętej odwołaniem decyzji Zamawiającego z dnia 10 kwietnia 2020 r. formalizm zdominował zasadę racjonalnej analizy dokumentów i celowości działania.

Nie sposób także pominąć wskazania i wyjaśnienia celowości oraz potrzeby wprowadzenia standardowych, jednolitych dokumentów, w których prawodawca unijny, w motywie [86] dyrektywy 2014/24/UE stwierdza:

„Dalsze uproszczenia zarówno dla wykonawców, jak i instytucji zamawiających można by uzyskać za pomocą standardowego formularza oświadczeń własnych, co mogłoby zmniejszyć problemy związane z precyzyjnym formułowaniem formalnych oświadczeń i oświadczeń o wydaniu zgody, a także z kwestiami językowymi.”

Z kolei w motywie [6] rozporządzenia Komisji 2016/7 stwierdza:

„Jednolity europejski dokument zamówienia powinien również przynieść dalsze uproszczenia zarówno dla wykonawców, jak i instytucji oraz podmiotów zamawiających, zastępując różne i rozbieżne krajowe oświadczenia własne jednym standardowym formularzem ustanowionym na szczeblu europejskim. Powinno to również pomóc w zmniejszeniu problemów związanych z precyzyjnym formułowaniem oficjalnych oświadczeń i oświadczeń o wyrażeniu zgody, a także z kwestiami językowymi, gdyż standardowy formularz będzie dostępny w językach urzędowych. Jednolity europejski dokument zamówienia powinien zatem ułatwić intensywniejsze transgraniczne uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego, przystąpienia zgłosili: wykonawca Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Przystępujący K”) oraz wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Egis Projects Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Egis Projects S.A. z siedzibą w Guyancourt, Egis Road Operation Croatia d.o.o. z siedzibą w Zagrzebiu, wnosząc o oddalenie odwołania. Izba, wobec spełniania przez zgłoszone przystąpienia wymogów z art. 185 ust. 2 Pzp, postanowiła o dopuszczeniu ww. wykonawców do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze przystępujących po stronie Zamawiającego.

W zgłoszonym przystąpieniu Przystępujący K przedstawił następujące stanowisko.

W części I SWIZ – Warunki Ogólne, punkt 6.2, Zamawiający określił sposób, w jaki ma zostać złożona oferta oraz JEDZ. Zgodnie z brzmieniem tego punktu SIWZ „Oferta, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia winny być sporządzone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, w języku polskim, pozostałe dokumenty mogą być sporządzone i złożone w języku obcym pod warunkiem, że zostanie dołączone w formie elektronicznej ich tłumaczenie na język polski. Zamawiający nie wymaga wykonania tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego”.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający jednoznacznie i precyzyjnie określił sposób, w jaki mają zostać złożone poszczególne dokumenty, w tym określił właściwy język oraz treść

tych dokumentów. W związku z tym, nie budzi żadnych wątpliwości, że JEDZ, w tym również JEDZ podmiotu trzeciego, na zasobach którego dany wykonawca polega, winien zostać złożony w języku polskim. Złożenie dokumentu w języku obcym byłoby możliwe, ale tylko w sytuacji, w której Zamawiający przewidziałby taką możliwość w SIWZ, co w tej sprawie nie miało miejsca.

Jak wskazuje dyspozycja art. 9 ust. 2 i 3 Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w języku polskim, chyba, że w szczególnie uzasadnionych przypadkach Zamawiający przewidział możliwość złożenia poszczególnych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane. Przyjęta w art. 9 ust. 2 Pzp zasada ma charakter bezwzględny, a wprowadzanie ewentualnych wyjątków od niej, jest możliwe tylko w uzasadnionych przypadkach i za zgodą Zamawiającego

Argumentacja Odwołującego, jakoby Zamawiający nie mógł wymagać oświadczeń JEDZ w języku polskim od podmiotów zagranicznych jest w sposób oczywisty sprzeczna z cytowanymi powyżej przepisami Pzp. Idąc tym tokiem rozumowania, można byłoby także twierdzić, że Zamawiający nie ma prawa żądać od podmiotów zagranicznych, aby składali oni swe oferty w języku polskim. W świetle przepisów Pzp i SIWZ wszyscy wykonawcy ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia winni złożyć ofertę oraz JEDZ (w tym JEDZ podmiotu trzeciego) w oryginale, w języku polskim. Warunek ten nie tylko spełnia wymagania art. 9 ust. 2 Pzp, ale również koresponduje z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców opisaną w art. 7 Pzp Dotyczy on bowiem wszystkich wykonawców (i podmiotów trzecich używających swe zasoby tym wykonawcom) niezależnie od miejsca ich siedziby.

W ocenie Przystępującego K, Zamawiający nie tylko nie naruszył przepisów dotyczących zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a tym bardziej przepisów dotyczących zasad współżycia społecznego, ale wprost ją w Postępowaniu zrealizował.

Przystępujący K za nietrafione uznał także argumenty Odwołującego, jakoby zaznaczanie odpowiedzi „yes” lub „no” na wypełnionym w wersji angielskiej formularzu JEDZ miało spełniać wymóg art. 9 ust. 2 Pzp i pkt 6.2 w części I SIWZ. Jest bowiem oczywistym, że skoro dokument w swej kluczowej części, tj. Części III „Podstawy wykluczenia” i Części IV „Kryteria kwalifikacji” zawiera oświadczenia w postaci odpowiedzi w języku angielskim na pytania sformułowane również w wersji angielskiej, to nie można uznać, że Podmiot złożył wymagane oświadczenia wstępne w zakresie braku wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w Postępowaniu w języku polskim. Cała treść jego oświadczenia

wstępnego w postaci JEDZ, w obu kluczowych zakresach, była bowiem złożona w języku angielskim, a nie polskim.

Przystępujący K podkreślił, że zarówno Odwołujący, jak i Podmiot dysponowali odpowiednimi narzędziami dostępnymi na rynku, umożliwiającymi im złożenie dokumentów zgodnie z wymaganiami SIWZ. W szczególności możliwe było wypełnienie formularza JEDZ w swojej (ojczystej) wersji językowej oraz na tej podstawie sporządzenie wersji polskiej JEDZ, gdyż treść tego oświadczenia jest zunifikowana we wszystkich wersjach językowych Unii Europejskiej. Celem zunifikowanego dokumentu JEDZ było m.in. ujednoczenie tłumaczenia, a nie zapewnienie możliwości wypełniania JEDZ w różnych językach w ramach postępowania prowadzonego przez zamawiającego z danego kraju członkowskiego Unii Europejskiej. Wybór języka postępowania jest bowiem wyłączną domeną krajowego zamawiającego. Odwołujący mógł także udzielić pełnomocnictwa osobie posługującej się językiem polskim, aby ona wypełniła JEDZ w jego imieniu w polskiej wersji językowej.

Złożenie JEDZ podmiotu zagranicznego w języku polskim nie jest więc czynnością o skomplikowanym charakterze, której Podmiot i Odwołujący nie byli w stanie dokonać. Dlatego też, uznać należy, że Odwołujący składając dokumentację w obcym języku nie dochował należytej staranności i przez odwołanie próbuje bezzasadnie uchylić się od poniesienia odpowiedzialności związanej z brakiem należytej staranności.

Na marginesie Przystępujący K wskazał, że zarzuty podniesione przez Odwołującego są spóźnione. Wymagania punktu 6.2 w części I SIWZ są jednoznaczne i pozostają niezmiennie od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. W związku z tym ewentualne zarzuty w przedmiocie naruszenia przez Zamawiającego zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy formułowaniu tego wymagania w Postępowaniu, a tak należałoby *de facto* traktować zarzuty Odwołującego, winny zostać podniesione w terminie 10 dni od dnia przedmiotowego ogłoszenia, a nie na obecnym etapie. Odwołujący zaniechał tej czynności, w związku z czym, przedstawione przez niego obecnie zarzuty, tylko z tej przyczyny o charakterze formalnym, nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie z niżej wskazanych przyczyn.

Zamawiający wskazał na wstępie, że zarzuty odwołania posiadają wadę prawną uniemożliwiającą uwzględnienie odwołania, gdyż Odwołujący zarzuca Zamawiającemu wyłącznie naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 Pzp i art. 5 Kc, które nie mogą stanowić samodzielnej podstawy prawnej odwołania do KIO.

Zważyć należy, że Odwołujący w toku całego postępowania odwoławczego jest związany podstawą prawną zarzutu, a Izba nie posiada uprawnień do orzekania poza ustanowione przez Odwołującego ramy zakreślające granice prawne oraz faktyczne

odwołania, co wynika bezpośrednio z art. 192 ust. 7 Pzp. Zatem, w ocenie Zamawiającego odwołanie winno zostać oddalone jako nie podlegające merytorycznemu rozpoznaniu, gdyż *de facto* Odwołujący nie wskazał w sposób skonkretyzowany przepisów jakie w jego cenie zostały naruszone przez Zamawiającego (np. art. 26 ust. 2f Pzp przez niezasadne wezwanie do uzupełnienia dokumentów czy też art. 9 Pzp przez błędne przyjęcie, że JEDZ może zostać przedłożony jedynie w języku polskim).

W przypadku nie podzielenia przez Izbę powyższych zastrzeżeń Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie uprawdopodobnił w żaden sposób, że Zamawiający naruszył wynikającą z art. 7 ust. 1 Pzp zasadę „proporcjonalności przy przeprowadzaniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. Odwołujący nie przedstawił bowiem w jaki sposób w jego ocenie ww. zasada została naruszona na gruncie przedmiotowego postępowania, a także że czynność wezwania do uzupełnienia Wykazu usług naruszała dyspozycję ww. zasady. W ocenie Zamawiającego podjęte działania były adekwatne oraz służyły ustaleniu kompleksowo stanu faktycznego, który mógłby stanowić podstawę do dalszych działań Zamawiającego. Zamawiający nie zastosował wobec Odwołującego zasad czy norm, które nie wynikałyby z reguł określonych w dokumentacji Postępowania lub przepisów obowiązującego prawa, zatem Zamawiający w sposób stanowczy zaprzeczył jakoby podejmowane przez niego działania były nieproporcjonalne, dla celu dla jakiego zostały powzięte.

Wskazać należy, że jeśli Odwołujący stoi na stanowisku, że określenie wymagań odnośnie złożenia JEDZ tak dla wykonawcy, jak i podmiotów trzecich, w języku polskim jest nieproporcjonalne dla celu jakiego służy przedłożenie tego dokumentu, to winien skorzystać ze środków ochrony prawnej na etapie prowadzenia postępowania w terminie liczonym od dnia publikacji SIWZ, gdyż Zamawiający od momentu wszczęcia Postępowania w sposób jednoznaczny i konkretny komunikował w dokumentacji postępowania swoje oczekiwania w ww. zakresie. Czynienie zarzutów względem Zamawiającego co do ustanowionych zasad przygotowywania oferty, w tym wymagań względem formy i języka JEDZ, na tym etapie Postępowania jest działaniem spóźnionym a przyjęcie zastrzeżeń Odwołującego jako zasadnych w rezultacie prowadziłyby do zmiany treści SIWZ po dacie składania ofert.

Wskazać również należy, że uwzględnienie odwołania będzie prowadziło do nakazania Zamawiającemu podjęcia działań w sposób rażąco naruszających zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, gdyż będzie stawiać Odwołującego w uprzywilejowanej sytuacji względem pozostałych oferentów, którzy mając na względzie postanowienia SIWZ złożyli wraz z ofertą dokumenty JEDZ wykonawców zagranicznych w języku polskim (np. EGIS Polska sp. z o.o.).

Zamawiający podkreślił, że normę JEDZ określa Rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego

europiejskiego dokumentu zamówienia (dalej „Rozporządzenie JEDZ”). Zgodnie z nim JEDZ jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji. Zgodnie z dyspozycją obowiązujących przepisów prawa, w tym art. 26 ust. 1 Pzp, JEDZ ma zatem zastępować szereg oświadczeń, takich jak oświadczenie o spełnieniu warunków, braku podstaw do wykluczenia, wykazy (np. usług, dostaw, robót budowlanych, osób) itd., składanych na wstępnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Rozporządzenie JEDZ odnosi się – wbrew formułowanej przez Odwołującego tezie – do kwestii językowych dość lakonicznie. Wskazano w nim, że JEDZ powinien uprościć procedurę ubiegania się o udzielenie zamówienia, w tym w zakresie kwestii językowych, „gdyż standardowy formularz będzie dostępny w językach urzędowych. Jednolity europejski dokument zamówienia powinien zatem ułatwić intensywniejsze transgraniczne uczestnictwo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”.

Polskie przepisy nie określają jednak wprost, w jakim języku JEDZ ma być złożony. Czym innym jest bowiem dostępność samego formularza JEDZ w różnych językach UE, a czym innym złożenie gotowego, wypełnionego dokumentu w konkretnym postępowaniu w Polsce. Dla oceny właściwej stawianych Zamawiającemu zarzutów przywołać należy zatem art. 9 ust. 2 Pzp, zgodnie z którym postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzi się w języku polskim. Wprawdzie w myśl ust. 3 Pzp przytoczonego powyżej przepisu w szczególnie uzasadnionych przypadkach Zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych handlu międzynarodowym lub w języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Zatem JEDZ w języku obcym jest dopuszczalny pod warunkiem, że wynika to wprost z dokumentacji przetargowej. Zamawiający w tej sprawie nie wyraził zgody na złożenie JEDZ w języku angielskim. Jak wynika z treści SIWZ – pkt 6.1 części I: „Oferta, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia winny być sporządzone w oryginale postaci dokumentu elektronicznego, w języku polskim, pozostałe dokumenty mogą być sporządzone i złożone w języku obcym pod warunkiem, że zostanie dołączone w formie elektronicznej ich tłumaczenie na języki polski. Zamawiający nie wymaga wykonania tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego”. Zatem niedopuszczalne należy uznać twierdzenia Odwołującego o możliwości złożenia JEDZ w innym języku aniżeli polski.

W ocenie Zamawiającego Odwołujący w okolicznościach tej sprawy był obowiązany do złożenia tłumaczenia JEDZ Podmiotu. Wbrew twierdzeniom poczynionym w odwołaniu

dokumentacja Postępowania w żadnym miejscu nie zakazywała złożenia tłumaczenia ww. dokumentu.

Zamawiający nie zgodził się ze sformułowanymi twierdzeniami, że z uwagi na strukturę i zakres informacji JEDZ jednolitą we wszystkich krajach europejskich należy przyjąć, że Zamawiający ma możliwość „wywiedzenia” złożonych oświadczeń. Okoliczność nieznajomości języka polskiego przez podmiot składający oświadczenie nie zwalnia go z obowiązku – jako podmiotu zainteresowanego udziałem w postępowaniu o zamówienie publiczne w Polsce – z zapoznaniem się z regulacjami określającymi zasady uczestnictwa w przetargu przed złożeniem oferty (a w przypadku podmiotu trzeciego przed udzieleniem zasobów). Poszczególne pozycje JEDZ należy poczytywać łącznie z przepisami określającymi zasady udzielania zamówień publicznych w danym kraju, które nie są jednolite.

I tak, przykładowo, w JEDZ w wersji angielskiej przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 4 Pzp związana z rozwiązaniem umowy z winy wykonawcy w angielskiej wersji JEDZ jest utożsamiana z zakończeniem stosunku prawnego przed czasem. Przepisy kodeksu cywilnego w Polsce nie normują instytucji „zakończenia umowy przed czasem”, ale określają zasady rozwiązania, odstąpienia i wypowiedzenia umowy. Wskazać należy, że na powyższy problem zwrócił uwagę sam Urząd Zamówień Publicznych, który na swojej stronie internetowej opublikował „Instrukcję wypełnienia JEDZ”, w której wyjaśnia w jaki sposób należy interpretować poszczególne pozycje JEDZ w kontekście krajowych uregulowań prawnych, które nie zostały transponowane z dyrektywy klasycznej w skali 1:1.

Zamawiający odniósł się również do zarzutu, że podmiot zagraniczny nie jest obowiązany do władania językiem polskim, zatem nie jest obowiązany do złożenia dokumentów w tym języku. Zamawiający przyjmując ww. twierdzenia wskazał, że członkowie komisji przetargowej badający oferty również nie muszą posługiwać się językiem angielskim (dlatego też Zamawiający nie dopuścił składania dokumentów w innym języku). Kwestia posługiwania się danym językiem winna być zatem oceniana szerzej aniżeli wywodzi to Odwołujący. Natomiast przyjęcie jako właściwych zapatrywań Odwołującego będzie prowadzić do sytuacji, w której dla zapewnienia transparentności postępowania oraz porównywalności ofert Zamawiający będzie obowiązany dokonać tłumaczenia lub „odkodowania” oświadczeń na ww. potrzeby we własnym zakresie. Powyższe natomiast jest niemożliwe z uwagi na ciężar odpowiedzialności związany ze składanymi w postępowaniu oświadczeniami i dokumentami. JEDZ stanowi oświadczenie własne wykonawcy, które podlega ocenie pod kątem prawdziwości oraz rzetelności. Złożenie fałszywych lub niezgodnych z prawdą oświadczeń stanowi przestępstwo stypizowane w art. 297 § 1 Kk. Z uwagi na doniosłe znaczenie składanych oświadczeń nie ma możliwości przerzucenia obowiązku dokonywania tłumaczeń własnych czy też interpretacji złożonych oświadczeń wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego nieznaną języka polskiego nie stała na przeszkodzie do złożenia przez Odwołującego innych dokumentów pochodzących od podmiotów zagranicznych, w tym złożenia zobowiązania Podmiotu do udostępnienia zasobów na potrzeby wykazania warunków udziału w postępowaniu, dla którego Odwołujący przedstawił stosowne tłumaczenie.

W piśmie procesowym z 8 czerwca br. Odwołujący przedstawił dodatkową argumentację uzasadniającą zarzuty odwołania.

Zamawiający wskazał w części I SIWZ, że:

- pkt 4.5 - „Zamawiający dopuszcza w szczególności następujące formaty danych, dokumentów i oświadczeń: .doc, .docx, .pdf, .xml, podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym”;
- pkt 4.11 – „Zamawiający, zgodnie z § 3 ust. 3 Rozporządzenia określa dopuszczalne formaty przesyłanych danych, tj. plików o wielkości do 100 MB w formatach dopuszczalnych Rozporządzeniem w szczególności: .doc, .docx, .pdf, .xml”.

W obydwu, zacytowanych postanowieniach SIWZ w sposób jednoznaczny podkreślone zostało, że:

- preferowane przez Zamawiającego formaty to: .doc, .docx, .pdf, .xml – co znajduje swoje odzwierciedlenie w użytym sformułowaniu: „w szczególności”;
- spośród czterech wskazanych formatów jest także format „.xml”.

Dokument z uzupełnieniem „.xml” oznacza, że został sporządzony z zastosowaniem tzw. uniwersalnego języka znaczników, który jest przeznaczony przede wszystkim do różnych danych ujętych w strukturalizowany sposób – tak jak np. w standardowych formularzach, blankietach i innych dokumentach o jednolitej formie i ograniczonym zakresie. Język XML jest niezależny od platformy, co umożliwia łatwą wymianę dokumentów pomiędzy heterogenicznymi (różnymi) systemami, co znacząco przyczyniło się do popularności tego języka w dobie internetu. W takim też formacie w warunkach krajowych składane są np.: Jednolite Pliki Kontrolne (JPK) stanowiące informację dotyczącą zobowiązań przedsiębiorcy wynikających z VAT, formularze VAT, elektroniczne PIT-y rozliczeniowe itp. Oczywiście, że z uwagi na przeznaczenie takich dokumentów, ich „proste otwarcie” bezpośrednio na komputerze powoduje, że pojawia się treść niezrozumiała i bardzo nieczytelna dla przeciętnego użytkownika.

W kwestii JEDZ Odwołujący wyjaśnił, że w każdym postępowaniu, w którym zamawiający zobowiązuje wykonawców do złożenia tego oświadczenia, zobowiązany jest wskazać zakres informacji i oświadczeń, do których musi odnieść się wykonawca. Powszechną praktyką jest, że zamawiający korzystając z elektronicznego narzędzia „ESPD”

tworzą dokument „zamawiającego” w formacie „.xml” – plik generowany jest pod ogólną nazwą „espd-request.xml, nadając mu swoją nazwę. To co natychmiast rzuca się w oczy w to fakt, że cały opis takiego dokumentu jest w języku angielskim. W języku polskim są tylko treści wprowadzone przez zamawiającego (sporządzającego dokument).

Wykonawca, korzystając z pliku zamawiającego, sporządza swoje oświadczenie JEDZ podając dane dotyczące firmy oraz zaznaczając stosowne odpowiedzi – a jego plik jest generowany przez ESPD po ogólną nazwą espd-response.xml.

Dokument sporządzony przez wykonawcę, pobrany w formacie .xml – analogicznie jak JEDZ w formacie .xml sporządzony przez zamawiającego – generowany jest zawsze z opisem elementów formularza w języku angielskim, bez względu na wybór języka na początku procesu wypełniania dokumentu.

Oznacza to, że dokument w formacie „.xml” z opisem tytułów i pozycji formularza w języku angielskim podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym musiałby zostać przez Zamawiającego zaakceptowany.

Bez znaczenia w tym przypadku jest fakt, że Zamawiający mógłby ten dokument, przy użyciu wspomnianego narzędzia, przetworzyć na format .pdf w dowolnie wybranym języku. Nie będzie to bowiem już dokument podpisany przez składającego oświadczenie (oryginał), tylko dokument przetworzony. Chociaż przetworzeniu podlegać będą tylko opisy elementów formularza, a nie jego treść.

Reasumując – powyższe fakty, w połączeniu z uzasadnieniem przedstawionym w treści odwołania potwierdzają tylko, że istotne dla oceny „jednolitego” dokumentu, składanego na standardowym formularzu jest treść wprowadzona przez wykonawcę – ta bezwzględnie winna być w języku polskim. Opisy pozycji jednolitego, standardowego formularza nie mogą stanowić przeszkody w jego ocenie.

Sygn. akt KIO 930/20

Odwołujący – wykonawca Kapsch Telematic Services sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w odwołaniu wniesionym do Prezesa KIO 30 kwietnia 2020 r. zaskarżył:

1. wezwanie wykonawcy PolCam Systems sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Wykonawca P”) w dniu 10 kwietnia 2020 r. do zastąpienia Podmiotu, na zasoby którego Wykonawca P się powoływał w złożonej ofercie, innym podmiotem lub podmiotami, lub zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia oraz wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w Postępowaniu, pomimo, że przedmiotowe wezwanie było drugim z kolei wezwaniem skierowanym do Wykonawcy, które miało wykazać brak podstaw do wykluczenia go z Postępowania;

2. zaniechanie wykluczenia Wykonawcy P pomimo braku wykazania, że w stosunku do podmiotów, z zasobów których korzysta przesłanki wykluczenia nie zachodzą, a tym samym zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy P pomimo braku wykazania, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania;
3. zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy P, jako konsekwencji ww. czynności.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 22a ust. 6 Pzp przez niezgodne z prawem powtórne wezwanie Wykonawcy P do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, w tym wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania, pomimo że z odpowiedzi na pierwotne wezwanie wynikało, że Wykonawca P nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu w związku z korzystaniem z zasobów Podmiotu;
2. art. 26 ust. 3 Pzp przez niezgodne z prawem powtórne wezwanie Wykonawcy P do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień, w tym wykazania braku podstaw do wykluczenia z Postępowania, pomimo, że z odpowiedzi na pierwotne wezwanie wynikało, że Wykonawca P nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu w związku z korzystaniem z zasobów Podmiotu;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez niewykluczenie Wykonawcy P pomimo niewykazania braku podstawy wykluczenia w stosunku do podmiotów, na których zasoby się powołuje, a tym samym zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy P pomimo braku wykazania, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania;
4. art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp przez nieodrzućenie oferty Wykonawcy P, pomimo tego, że zgodnie z Pzp, wobec niewykazania braku podstaw wykluczenia, podlega wykluczeniu, a tym samym oferta Wykonawcy P podlega odrzuceniu;
5. art. 7 ust.1 Pzp przez naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wezwania skierowanego dnia 10 kwietnia 2020 r. do Wykonawcy P;
2. wykluczenia Wykonawcy P z Postępowania;
3. odrzucenia oferty Wykonawcy P.

Odwołujący wyjaśnił, że 21 kwietnia 2020 r. powziął wiadomość o wniesieniu odwołania przez Wykonawcę P. Jak wynika z jego treści, Zamawiający 20 marca 2020 r., działając w trybie art. 26 ust. 3 i 3a Pzp, wezwał Wykonawcę P do złożenia w szczególności kopii zobowiązania oraz oświadczenia w formie JEDZ dotyczącego Podmiotu.

Następnie, w dniu 10 kwietnia 2020 roku Zamawiający informując, że działa ponownie na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w odniesieniu do Podmiotu, wezwał Wykonawcę P do

podjęcia działań w trybie art. 22a ust. 6 Pzp to jest (i) zastąpienia Podmiotu innym podmiotem lub podmiotami, lub (ii) zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia oraz wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w Postępowaniu, wskazując, jako powód takiej decyzji uznanie, że w stosunku do Podmiotu nie wykazano, że nie podlega wykluczeniu z uwagi na fakt, że JEDZ został złożony w języku angielskim. Kwestia możliwości złożenia JEDZ w języku angielskim stała się przedmiotem odrębnego postępowania odwoławczego zainicjowanego przez Wykonawcę P.

Jednakże, w ocenie Odwołującego, przez samo powtórne wezwanie Wykonawcy P w oparciu o art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust 6Pzp. z dnia 10 kwietnia 2020 r., umożliwienie Wykonawcy P zmiany podmiotu na zasoby którego się powołał i niewykluczenie Wykonawcy P z Postępowania, a w konsekwencji nieodrzućenie oferty Wykonawcy P, Zamawiający naruszył przepisy pzp.

Uzasadniając takie stanowisko Odwołujący wskazał, że przede wszystkim rozważenia wymaga, czy w przedmiotowym stanie faktycznym możliwa jest jeszcze zmiana przez Wykonawcę P podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołał się pierwotnie składając swoją ofertę. W ocenie Odwołującego, na kanwie orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 Esaprojekt ukształtował się słuszny pogląd, że podmiot trzeci udzielający swych zasobów na potrzeby wykazania zdolności technicznej wykonawcy warunkuje również „tożsamość wykonawcy”, która winna być znana w momencie składania oferty, aby nie dochodziło do naruszenia zasad równego traktowania wykonawców. Toteż, w ocenie Odwołującego, już samo umożliwienie Wykonawcy P zastąpienia wskazanego w jego ofercie podmiotu trzeciego, co do którego nie wykazano braku przesłanek do wykluczenia z Postępowania innym podmiotem, narusza przepisy Pzp. Takie działanie Zamawiającego narusza w szczególności podstawową zasadę wyrażoną w art. 7 Pzp, zgodnie z którą zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że naruszenie Pzp stanowiło również skierowanie powtórnego wezwania w dniu 10 kwietnia 2020 r. do Wykonawcy P w tej samej sprawie, której dotyczyło już wcześniejsze wezwanie z dnia 20 marca 2020 r. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 25a ust. 3 Pzp wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa dokumenty JEDZ dotyczące także tych podmiotów. Potwierdzenie tego wymogu w niniejszym Postępowaniu Zamawiający zamieścił też w Cz. II pkt. 4.1 SIWZ. Wskazano tam wprost, że wraz z ofertą należy przedłożyć również oświadczenie podmiotów udostępniających potencjał oferentowi. Jak tymczasem wynika z wyjaśnień Wykonawcy P zawartych w jego odwołaniu, wraz z ofertą nie złożył on dokumentu

JEDZ Podmiotu, co świadczy o braku staranności Wykonawcy P.

Następnie Odwołujący podał, że zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia JEDZ lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, złożone 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. Na podstawie tego przepisu Zamawiający w dniu 20 marca 2020 r. wezwał Wykonawcę P między innymi do złożenia JEDZ Podmiotu. Z odwołania wniesionego przez Wykonawcę P wynika, że żądaniu temu nie sprostął, ponieważ złożył JEDZ podmiotu w języku angielskim. Tymczasem, wskazać należy, że w części I SWIZ – Warunki Ogólne, punkt 6.2, Zamawiający określił sposób, w jaki ma zostać złożona oferta oraz JEDZ. Zgodnie z brzmieniem tego punktu SIWZ:

„oferta, Jednolity Europejski Dokument Zamówienia winny być sporządzone w oryginale w postaci dokumentu elektronicznego, w języku polskim, pozostałe dokumenty mogą być sporządzone i złożone w języku obcym pod warunkiem, że zostanie dołączone w formie elektronicznej ich tłumaczenie na język polski. Zamawiający nie wymaga wykonania tłumaczenia przez tłumacza przysięgłego”.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający jednoznacznie i precyzyjnie określił sposób, w jaki mają zostać złożone poszczególne dokumenty, w tym określił właściwy język oraz treść tych dokumentów. W związku z tym, nie budzi żadnych wątpliwości, że JEDZ, w tym również JEDZ podmiotu trzeciego, na zasobach którego dany wykonawca polega, winien zostać złożony w języku polskim. Zatem nie można uznać, że Wykonawca P skutecznie wykazał brak przesłanek do wykluczenia z Postępowania Podmiotu, a tym samym do wykluczenia Wykonawcy P i odrzucenia jego oferty. Zmaterializowała się bowiem wskazana w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przesłanka wykluczenia Wykonawcy P wobec niewykazania braku podstawy wykluczenia. W konsekwencji zaś zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp Zamawiający ofertę Wykonawcy P powinien odrzucić.

Nie czyniąc tak Zamawiający naruszył wskazane powyżej przepisy Pzp. Co więcej, Zamawiający skierował powtórne wezwanie do Wykonawcy P w dniu 10 kwietnia 2020 r., żądając w nim, wobec braku wykazania podstaw wykluczenia Podmiotu: (i) zastąpienia Podmiotu innym podmiotem lub podmiotami, lub (ii) zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia oraz wykazania, że samodzielnie spełnia warunek udziału w Postępowaniu. Takie wezwanie jest jednak również naruszeniem przepisów Pzp, ponieważ oznacza, że Wykonawca P ma otrzymać kolejną „szansę” wykazania, że nie podlega wykluczeniu z Postępowania.

Odwołujący zaznaczył, że procedura opisana w art. 22a ust. 6 PZP nie może być

traktowana odrębnie od wezwania kierowanego do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Innymi słowy, nie jest dopuszczalne kierowanie do tego samego podmiotu w tej samej sprawie dwukrotnego wezwania – raz w trybie art. 26 ust 3 Pzp, a w braku satysfakcjonującej Zamawiającego odpowiedzi, po raz kolejny podobnego wezwania, ze wskazaniem jako podstawy przepisów art. 26 ust. 3 wraz z art. 22a ust. 6 Pzp.

Zamawiający, kierując powtórne wezwanie do Wykonawcy P dotyczące potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z Postępowania, naruszył Pzp. Wykonawca P nie skorzystał bowiem z udzielonej mu „szansy” należytego wykazania braku przesłanek wykluczenia go z Postępowania w związku z poleganiem przez niego na zasobach Podmiotu dostał od Zamawiającego, niesłusznie, kolejną „szansę” poprawienia swej dokumentacji ofertowej poprzez przedstawienie prawidłowej dokumentacji (w tym przypadku kolejnego JEDZ), wskazującego na brak przesłanek wykluczenia, w oparciu o inny podmiot trzeci. Zamawiający naruszył zatem zasady równego traktowania wykonawców opisane w art. 7 Pzp oraz inne wskazane w tym odwołaniu przepisy Pzp, w szczególności przez to, że w uprzywilejowany sposób potraktował Wykonawcę P w stosunku do innych uczestników Postępowania, w tym Odwołującego. Umożliwił mu bowiem, całkowicie bezzasadnie, wielokrotne uzupełnianie dokumentacji ofertowej w zakresie niepodlegania przez Wykonawcę P wykluczeniu i spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w powołaniu na następujące okoliczności natury faktycznej i prawnej.

Na wstępie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący bazuje na niepełnym stanie faktycznym, który został opisany na podstawie odwołania wniesionego w dniu 21 kwietnia 2020 r. przez innego oferenta – PolCam Systems sp. z o.o. (tu: „Wykonawca P”). Wskazania bowiem wymaga, że Odwołujący nie dysponuje korespondencją prowadzoną przez Zamawiającego z ww. wykonawcą, gdyż ta jako stanowiąca załącznik do protokołu Postępowania nie podlega udostępnieniu na tym etapie. Co więcej, Odwołujący nie wniósł o jej przekazanie celem dokonania analizy, zatem całość wywodzonych okoliczności faktycznych opiera się na informacjach wynikających z ww. odwołania.

Zamawiający stanowczo zaprzeczył, jakoby w Postępowaniu doszło do dwukrotnego wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu (w odwołaniu nie doprecyzowano o jakim dokumencie mowa). W celu zobrazowania istoty problemu należy wyjaśnić następującą chronologię wydarzeń:

Wykonawca P złożył skutecznie ofertę w Postępowaniu, w której wskazał, że w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej (wiedza i doświadczenie) będzie korzystał z potencjałów podmiotów trzecich, w tym, w odniesieniu do warunku z Części II SIWZ, lit. A, pkt 1.3.1, z doświadczenia Podmiotu. Do oferty dołączono skan zobowiązania do

udostępnienia zasobów poświadczony za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę P, do oferty nie dołączono JEDZ dla Podmiotu.

W świetle zidentyfikowania ww. braków i niezgodności Zamawiający w dniu 20 marca 2020 r. wezwał Wykonawcę P w trybie 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia zobowiązania poświadczonego przez Podmiot oraz brakującego JEDZ. Wykonawca P w dniu 25 marca 2020 r. przedstawił prawidłowe zobowiązanie do udostępnienia zasobów oraz przedłożył JEDZ dla tego podmiotu, jednakże - w języku angielskim.

Zamawiający po dokonaniu weryfikacji przedstawionych dokumentów doszedł do przekonania, że przedstawienie JEDZ w języku angielskim nie jest zgodne z wymaganiami określonymi w SIWZ gdzie wskazano, że Zamawiający żąda, aby składane dokumenty (w tym JEDZ) były złożone w języku polskim i uznał, że w stosunku do ww. podmiotu nie potwierdzono braku postaw wykluczenia. W ocenie Zamawiającego dopuszczenie innego rozwiązania stałoby w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji oraz de facto stanowiłoby zmianę treści SIWZ po terminie składania ofert. Niemniej jednak na moment ww. oceny Zamawiający nie posiadał pewności czy Wykonawca P będzie powoływał się na doświadczenie Podmiotu jako wyłączone doświadczenie na spełnienie warunku określonego w Części II SIWZ, lit. A, pkt 1.3.1, czy też wskaże je jako doświadczenie dodatkowe (np. ponad wymagane minimum), czy też w ogóle zrezygnuje z powoływania się na doświadczenie ww. podmiotu *etc.* Z posiadanych doświadczeń wynika, że niejednokrotnie wykonawcy przedstawiają na potrzeby wykazania danego warunku udziału w postępowaniu więcej niż jedną usługę referencyjną, a w takiej sytuacji kwestia języka w jakim został sporządzony JEDZ oraz badanie przesłanek wykluczenia względem Podmiotu nie miałyby żadnego znaczenia dla oceny zdolności podmiotowej Wykonawcy P. Co więcej, podejmowanie czynności względem Wykonawcy Pw zakresie oceny zdolności podmiotowej na ww. etapie badania i oceny ofert skutkujące wykluczeniem wykonawcy z Postępowania mogłyby zostać uznane za przedwczesne i nieskuteczne.

Zamawiający w dniu 27 marca 2020 r. w trybie art. 26 ust. 2f Pzp wezwał Wykonawcę P do uzupełnienia Wykazu usług. Wykonawca P w dniu 7 kwietnia 2020 r. przedstawił Wykaz usług, w którym w zakresie warunku w Części II SIWZ, lit. A, pkt 1.3.1. powołał się na usługę realizowaną przez Podmiot.

W związku z powyższym Zamawiający w dniu 11 kwietnia 2020 r. wezwał Wykonawcę P w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia Wykazu usług wskazując, że usługa realizowana przez Podmiot nie może stanowić potwierdzenia spełnienia warunku udziału w Postępowaniu z uwagi na okoliczność, że podmiot ten podlega wykluczeniu (z uwagi na złożenie nieprawidłowego JEDZ dla tego podmiotu). Zamawiający wskazał w tym zakresie na

dyspozycje art. 22a ust. 6 Pzp, która w ww. sytuacji dopuszcza możliwość powołania się na doświadczenie własne oferenta lub doświadczenie innego podmiotu trzeciego.

W reakcji na ww. wezwanie Wykonawca P złożył odwołanie, natomiast po zawiadomieniu Odwołującego o tym fakcie – złożył on własne odwołanie, które podlega rozpoznaniu w tej sprawie.

Mając na względzie ww. okoliczności – wbrew formułowanemu przez Odwołującego stanowisku – w postępowaniu nie doszło do wezwania uzupełnienia tego samego dokumentu. Wezwania z dnia 20 i 27 marca 2020 r. dotyczą zupełnie innych dokumentów. Wskazać należy, że sam fakt, że podmiot trzeci podlega wykluczeniu nie powoduje automatyzmu co do wykluczenia wykonawcy, który powołuje się na jego zasoby, o czym świadczy w sposób bezsprzeczny dyspozycja art. 22a ust. 6 Pzp, która wskazuje, że w przypadku gdy podmiot trzeci podlega wykluczeniu zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawcę do samodzielnego wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu lub zastąpienia wykluczonego podmiotu trzeciego innym podmiotem.

Zaniechanie – zgodnie z żądaniem Odwołującego – wezwania Wykonawcy P do uzupełnienia Wykazu usług w trybie art. 26 ust. 3 Pzp pozbawiłoby go możliwości skorzystania z procedury uzupełnienia dokumentów przewidzianej bezpośrednio w przepisach Pzp. W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, nie sposób doszukać się w zaskarżonej czynności działań, które stałoby w sprzeczności z obowiązującymi regulacjami – wręcz przeciwnie to wykładania literalna ww. przepisów stanowiła podstawę do podejmowanych działań.

Zamawiający nie podziela również stanowiska jakoby dał Wykonawcy P dodatkową „szansę” na wykazanie braku przesłanek wykluczenia. Wskazać należy, że w analizowanej sprawie przesłanka wykluczenia stanowiąca przedmiot rozważań została określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp – „Zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu”. Zatem oczywistym wydaje się, że przed stwierdzeniem zaistnienia przesłanki Zamawiający musi mieć pewność, że wykonawca faktycznie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, a takowe stwierdzenie nie jest możliwe bez uprzedniej procedury związanej ze zbadaniem i oceną dokumentów podmiotowych Wykonawcy (tu: Wykazu usług), w tym skierowania wezwań do ewentualnego uzupełnienia dokumentów zgodnie z treścią art. 26 ust. 1, ust. 2f, czy ust. 3 Pzp. Przyjęcie twierdzeń Odwołującego jako zasadnych prowadziłoby do ominięcia ww. procedury, a tym samym rzetelne ustalenie okoliczności faktycznych składających się na stan sprawy, a to z kolei stanowiłoby naruszenie zasady uczciwej konkurencji.

Na gruncie przepisów Pzp, które weszły w życie w 2016 r. ustawodawca odróżnia etap badania i oceny ofert od czynności badania dokumentów podmiotowych wykonawcy, którego

oferta została najwyżej oceniona. W świetle powyższego, w ocenie Zamawiającego, zrozumiałym wydaje się, że uzupełnienie różnych dokumentów, ale na potwierdzenie tej samej okoliczności (tu: spełnienie warunku udziału w Postępowaniu) wymaganych na kolejno przypadających po sobie etapach Postępowania będzie odbywać się w innych terminach. Powyższe nie oznacza jednocześnie, że dochodzi do wielokrotnego wezwania do uzupełnienia tego samego dokumentu, gdyż wezwania dotyczą faktycznie innych dokumentów. Przyjęcie innego założenia przeczyłoby założeniom znowelizowanych regulacji ustawowych.

Zamawiający wskazał także, że nie podziela stanowiska Odwołującego, jakoby przepisy Pzp nie pozwalały na zastąpienie podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim w przypadku gdy pierwotnie wskazywany podmiot podlega wykluczeniu. Z art. 22a ust. 6 Pzp wynika bowiem literalnie, że:

„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.”

Z dyspozycji ww. przepisu wynika wprost możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie prowadzonej przez Zamawiającego procedury weryfikującej posiadanie przez wykonawcę odpowiednich zdolności. W przypadku zmiany przez wykonawcę podmiotu trzeciego w ww. trybie, udostępnienie wykonawcom odpowiednich zasobów następuje po upływie terminu składania ofert oraz wstępnej ocenie ofert. Z samej istoty zacytowanego powyżej przepisu Pzp, który dopuszcza możliwość zmiany podmiotu trzeciego w toku postępowania wynika, że udostępnienie wykonawcy odpowiednich zasobów następuje, gdy zasoby podmiotu, o którym mowa w ww. przepisie pierwotnie wskazanego w ofercie nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, czy też gdy wobec podmiotu trzeciego zachodzą podstawy wykluczenia. Tym samym twierdzenie, jakoby Wykonawca P nie miał możliwości powoływania się na zasoby innego podmiotu – jak wywodzi Odwołujący – sprowadza wykładnię art. 22a ust. 6 Pzp do absurdu, ponieważ oznaczałoby, że wykonawca już w dacie składania ofert musiałby dysponować (i złożyć wraz z ofertą) kilkoma „rezerwowymi” potencjałami trzecimi, na wypadek gdyby zasoby pierwotnie udzielone wykonawcy nie potwierdzały spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wobec podmiotu trzeciego zachodziły podstawy wykluczenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę zreferowane powyżej stanowiska pisemne, a także stanowiska i oświadczenia wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, **ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SIWZ, oferty Odwołującego (Wykonawcy P), zobowiązania Podmiotu załączonego do oferty Odwołującego, wezwań z 20, 27 marca oraz 10 kwietnia br. wraz z odpowiedziami Odwołującego i załączonymi do nich dokumentami. Na ich podstawie skład orzekający stwierdził, że nie ma potrzeby ponownego przytaczania okoliczności faktycznych istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy.

W ocenie Izby zarzuty przedstawione w odwołaniach nie potwierdziły się z następujących przyczyn.

Sygn. akt KIO 856/20

Nie ulega wątpliwości, że w odpowiedzi na pkt II wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z 20 marca 2020 r. Odwołujący przedstawił JEDZ dotyczący Podmiotu, który zawierał oświadczenia złożone w języku angielskim, będące odpowiedziami na zawarte we wzorze formularza JEDZ pytania przedstawione również w języku angielskim. *Ergo* – zasadniczo cała treść JEDZ (z wyjątkiem oznaczenia Zamawiającego i nazwy Postępowania) została sporządzona w języku obcym.

Powyższe, zdaniem Izby, zakwalifikować należało zarówno jako naruszenie zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w języku polskim (art. 9 ust. 2 Pzp), jak i czytelnego postanowienia pkt 6.2 w części I SIWZ określającego m.in. język, w jakim oświadczenie JEDZ należało złożyć.

Jakkolwiek skład orzekający stoi na stanowisku, że formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie jest nadrzędną wartością tej procedury, to jednak działanie wprost sprzeczne z jedną z fundamentalnych zasad systemu zamówień publicznych, nie zasługuje na ochronę prawną. Co więcej, przyznanie racji Odwołującemu prowadziłoby *de facto* do obejścia przepisu art. 9 ust. 3 Pzp. W świetle tej regulacji składanie w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dokumentów (oświadczeń) w języku obcym wtedy tylko jest dopuszczalne, gdy zamawiający tak postanowi, czemu da wyraz w odpowiednich postanowieniach SIWZ. Sytuacja taka nie miała miejsca w Postępowaniu.

Odnosząc się natomiast do dodatkowej argumentacji Odwołującego, zawartej w piśmie procesowym z 8 czerwca 2020 r., należało stwierdzić, że wyrażone tam stanowisko Odwołującego m.in. o automatycznym generowaniu w narzędziu ESPD oświadczenia JEDZ

z opisem wszystkich elementów formularza w języku angielskim, nie stało jednak na przeszkodzie złożeniu przez Odwołującego własnego oświadczenia JEDZ w całości w języku polskim i to pomimo anglojęzycznej nazwy pliku, w którym oświadczenie to zostało zawarte (zob. JEDZ Odwołującego uzupełniony w odpowiedzi na pkt III wezwania z 20 marca 2020 r.).

Dodatkowo i jedynie na marginesie Izba wskazuje, że podziela stanowisko Zamawiającego o wadliwej konstrukcji zarzutów odwołania, opartych wyłącznie na ogólnych zasadach wynikających z przepisów art. 7 Pzp i art. 5 Kc.

Reasumując, Zamawiający zasadnie wezwał Odwołującego, w dniu 10 kwietnia 2020 r., do uzupełniania wykazu usług wobec nie złożenia przez niego JEDZ dla Podmiotu w języku polskim.

Sygn. akt KIO 930/20

W ocenie składu orzekającego przedstawiona przez Zamawiającego (niesporna) sekwencja zdarzeń przeczy twierdzeniu o naruszeniu przez niego ukształtowanej w orzecznictwie Izby zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Faktem jest, że zarówno wezwania z 20 i 27 marca oraz 10 kwietnia 2020 r. obejmowały tożsamy obszar związany z udziałem Wykonawcy P w Postępowaniu, a to jego sytuacji podmiotowej. Uszło jednak uwadze Odwołującego, że wspomniane wezwania dotyczyły jednak odmiennych aspektów wspomnianego powyżej obszaru. Pierwsze z nich, wystosowane na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 i 3a Pzp, koncentrowało się zasadniczo na uzupełnieniu dokumentów, których Wykonawca P nie załączył do oferty (JEDZ Podmiotu), bądź załączył w nieprawidłowej formie (zobowiązanie Podmiotu). Drugie wezwanie, dokonane w trybie art. 26 ust. 2f Pzp, dotyczyło dokumentów mających potwierdzić, że Wykonawca P, powołując się na zasoby Podmiotu, jest w stanie wykazać spełnianie warunków udziału w Postępowaniu. Wreszcie ostatnie z wezwań stanowiło realizację dyspozycji przepisu art. 22a ust. 6 Pzp, będącą konsekwencją stwierdzenia, że powoływanie się przez Wykonawcę P na zasoby Podmiotu nie mogło odnieść skutku z uwagi na złożenie JEDZ dla Podmiotu w języku obcym.

Chybiony był również poparty orzeczeniem w sprawie Esaprojekt wywód Odwołującego o konieczności zachowania tożsamości wykonawcy. W sprawie zakończonej wydaniem tego orzeczenia wykonawca pierwotnie deklarował bowiem samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu i dopiero po wezwaniu do uzupełnienia dokumentów odwołał się w tym zakresie do zasobów podmiotu trzeciego. Sytuacja taka nie miała miejsca w przedmiotowej sprawie, w której zamiarem Wykonawcy P od początku było skorzystanie z potencjału Podmiotu, a możliwość jego zastąpienia innym podmiotem została, jak wskazano powyżej, wprost przewidziana w przepisach Pzp.

W konsekwencji orzeczono, jak w pkt 1 sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 5 ust. 6 w zw. z § 6 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 j.t.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....