

Sygn. akt: KIO 1723/17

WYROK

z dnia 4 września 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Marzena Ordysińska

Anna Packo

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpatrzeniu na rozprawie dnia 30 sierpnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18.08.2017 r. przez wykonawcę **P. S. A., (...)**,

w postępowaniu prowadzonym przez **PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE S. A., (...)**,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: S. Ł. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą E.-B. P. W. S. Ł. (pełnomocnik wykonawców) , S. Sp. z o. o. Sp.K.A. z siedzibą w P., z siedzibą pełnomocnika pod adresem: (...)**, zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 8 sierpnia 2017 r. polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i nakazuje wezwanie odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów w zakresie pierwotnie złożonego przez wykonawcę dokumentu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE S.A., (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **P. S. A., (...)** **Sp. z o.o. Sp. k. siedzibą w P.** tytułem wpisu od odwołania,

 - 2.2. zasądza od zamawiającego **PKP POLSKIE LINIE KOLEJOWE S. A., (...)** na rzecz wykonawcy **P. S. A., (...), P. S. A., (...)** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 20 000 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600 zł.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) 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 S.A. z siedzibą w W., w imieniu której działa Centrum Realizacji Inwestycji Region Śląski prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na Unii objazdowej nr 142 K. - L. - T.”, nr referencyjny IREZA4/1 f-216-04/2017, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2017/S 074- 143140 w dniu 14 kwietnia 2017 r.

Odwołujący: P. S.A. z siedzibą w W. zaskarżył czynność podjętą przez Zamawiającego polegającą na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu na tej podstawie oferty złożonej przez Odwołującego w Postępowaniu.

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego zarzuca naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 2, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5, w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 8.6.1 lit. f) ppkt 2 (wskazany punkt IDW został wskazany został przez zamawiającego omyłkowo, w rzeczywistości (jak wynika z treści decyzji o wykluczeniu) chodziło pkt 8.6.1 f Instrukcji dla Wykonawców („IDW”) i odrzucenie, na tej podstawie oferty Odwołującego, podczas gdy Odwołujący zarówno na dzień składania ofert w Postępowaniu, jak i obecnie wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w Postępowaniu, w tym warunku wskazanego powyżej,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22a ust. 1, w zw. z art. 22a ust. 6, w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący nie może na etapie oceny ofert podjąć decyzji zastąpieniu doświadczenia własnego (w żaden sposób niekwestionowanego przez Zamawiającego), pierwotnie wykazanego w formularzu JEDZ, doświadczeniem podmiotu trzeciego, podczas gdy z przepisów PZP nie wynika taki zakaz, a jego przyjęcie jest nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców, ponieważ w rezultacie dyskryminowani byłiby wykonawcy posiadający własne doświadczenie (którzy dopiero na etapie oceny ofert postanawiają wykorzystać zasoby podmiotu trzeciego) w porównaniu z wykonawcami, którzy nie posiadają własnego doświadczenia i od początku postępowania polegają na potencjale podmiotów trzecich (w takiej sytuacji, zgodnie z art. 22a ust. 6 PZP, są oni uprawnieni w przypadkach wskazanych w tym przepisie na etapie oceny ofert do zastąpienia dotychczasowego podmiotu trzeciego innym podmiotem lub do zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia),

3. art. 92 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 PZP przez brak uzasadnienia faktycznego i prawnego decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i przyjęcie, że wystarczającym dla powyższego jest odesłanie do tez wynikających z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. przez TSUE w sprawie C-387/14 („Wyrok Esaprojekt”), podczas gdy ciężar wykazania przesłanek do wykluczenia Odwołującego z Postępowania obciążał Zamawiającego, a zgodnie z jedną z fundamentalnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - zasadą przejrzystości - Zamawiający powinien przedstawić to uzasadnienie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości,

z daleko posuniętej ostrożności procesowej, Odwołujący zarzuca także:

naruszenie art. 26 ust. 4 PZP przez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnień dotyczących dokumentów podmiotowych przedłożonych wraz z ofertą, podczas gdy jeżeli rzeczywiście dokumenty te wzbudziły u Zamawiającego jakiegokolwiek wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, to obowiązkiem Zamawiającego było wezwanie Odwołującego do przedstawienia stosownych wyjaśnień.

W związku z zarzutami wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności na wykluczenia go z Postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Jednym z warunków udziału w Postępowaniu, wskazanym w punkcie 8.6.1 lit. f IDW było, aby wykonawca ubiegający się o zamówienie wykonał w ramach jednego lub kilku zadań roboty budowlane (w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane) polegające na budowie lub przebudowie, lub modernizacji, lub remoncie 3 (trzech) obiektów typu: most, wiadukt lub estakada o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 20 metrów. Wśród wskazanych obiektów musiał znaleźć się co najmniej 1 (jeden) obiekt kolejowy, tj. wiadukt lub estakada, lub most kolejowy.

W terminie 26 maja 2017 r Odwołujący złożył swoją ofertę. Wraz ze złożoną ofertą Odwołujący przedłożył wypełniony formularz („JEDZ”). Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w punkcie 8.6.1 lit. f ID W, przedstawił dwie inwestycje:

- budowę drogi ekspresowej (...) (południowa obwodnica miasta G.) - przy czym Odwołujący w treści JEDZ szczegółowo opisał na czym polegały roboty budowlane na tej inwestycji (budowa licznych obiektów typu: most, wiadukt lub estakada o rozpiętości przęsła nie mniejszej niż 20 metrów), oraz

- wykonanie dokumentacji projektowej i robót budowlanych w ramach zadania pn. „Prace na linii kolejowej nr (...) K. - P.” - przy czym także w tym przypadku Odwołujący opisał tę inwestycję, pomimo że Zamawiający z urzędu ją zna, ponieważ to właśnie na jego rzecz była ona realizowana, wskazując że w ramach tejże inwestycji doszło do przebudowy obiektu kolejowego, tj. mostu kolejowego w km 37,514, o długości 23 m i rozpiętości przęsła 22,32 m. Wskazana w JEDZ inwestycja realizowana była dla Zamawiającego w ramach kontraktu „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu POLiŚ 7.1-73 pn. „Polepszenie

jakości usług przewozowych poprzez poprawę stanu technicznego linii kolejowej nr (...) na odcinku K. - O.

W dniu 26 czerwca 2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2f PZP wezwał Odwołującego m. in. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, co do których wstępne oświadczenie Odwołującego znalazło się w treści JEDZ.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył 5 lipca 2017 r. uzupełniony JEDZ, w którym zamiast dwóch inwestycji opisanych wyżej, wskazana została jedna inwestycja pn. „Przebudowa linii kolejowej „H. – S.” oraz elektryfikacja (od km. 266,000 w obrębie stacji pośredniej S.(2) – H. do km 297,750 w obrębie stacji pośredniej S. - Granica z Turcją), w tym dworzec w H. i S. oraz wszystkie stacje i przystanki pomiędzy nimi, o przybliżonej długości torów 34 km oraz przebudowa linii kolejowej od S. do granicy z Grecją, oraz elektryfikacja na odcinku długości około 4 km, w tym projekt wykonawczy.”. Inwestycja ta była realizowana przez spółkę z grupy kapitałowej Odwołującego - P. Bau GmbH („P. BAU”) i samodzielnie spełniała warunek udziału w Postępowaniu wskazany w punkcie 8.6.1 lit. f IDW.

Oprócz uzupełnionego JEDZ, Odwołujący przedłożył także zobowiązanie P. BAU do udostępnienia swojego potencjału w postaci doświadczenia oraz komplet niezbędnych dokumentów dla celów weryfikacji tego podmiotu.

Odwołujący decyzję o zaangażowaniu podmiotu trzeciego - P. BAU - do realizacji zamówienia i wykorzystania posiadanego przez ten podmiot doświadczenia, podjął wyłącznie w oparciu o przesłanki biznesowe. Zarówno bowiem w dniu składania oferty w Postępowaniu, jak i obecnie doświadczenie własne Odwołującego nie było i nie jest kwestionowane (w szczególności także z tego powodu, że druga ze wskazanych w JEDZ inwestycji była realizowana bezpośrednio na rzecz Zamawiającego). Tylko i wyłącznie z uwagi na chęć dywersyfikacji potencjałów istniejących w ramach grupy kapitałowej Odwołującego ostatecznie podjęto decyzję o wykorzystaniu doświadczenia podmiotu trzeciego, tj. P. BAU. Powyższe nie zmienia faktu, że Odwołujący samodzielnie dysponuje doświadczeniem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w Postępowaniu.

W dniu 8 sierpnia 2017 r. Zamawiający powiadomił Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania. W treści uzasadnienia decyzji wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 8.6.1 lit. f) ppkt 2 IDW.

Zamawiający uznał, że poprzez przedłożenie 5 lipca 2017 r. uzupełnionego JEDZ, w którym Odwołujący wskazał doświadczenie podmiotu trzeciego (tj. P. BAU) jako potwierdzające spełnienie wskazanego powyżej warunku udziału w Postępowaniu, dopuścił się on „niedopuszczalnej - w świetle wyroku ETS z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-378/14 (Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu) - zmiany treści oferty”. Na tej podstawie Zamawiający uznał, że warunek udziału w Postępowaniu określony pkt. 8.6.1 lit. f) ppkt 2 IDW nie został przez Odwołującego spełniony.

Na marginesie uzasadnienia swojej decyzji o wykluczeniu Odwołującego Zamawiający wskazał, że wykonawca ten popełnił jeszcze kilka innych uchybień, tj. (i) złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 24 ust. 11 PZP (tj. oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej - przyp. Odwołującego) w formie kopii, (ii) z treści JEDZ Odwołującego wynikało, że Pan J. O. (Główny Projektant - Koordynator) nie ma doświadczenia w projektowaniu, (iii) Odwołujący nie przedłożył JEDZ złożonych przez każdego z członków spółki cywilnej podmiotu trzeciego – S.-R. s.c. (tj. P. W., Ł. W., J. O.). Opisane uchybienia nie mogły jednak być przedmiotem ewentualnych wyjaśnień lub uzupełnień ponieważ, wg Zamawiającego, Odwołujący podlegał wykluczeniu z powodu opisanego powyżej.

Odwołujący nie zgadza się ze stanowiskiem Zamawiającego. Dla lepszej czytelności swojej argumentacji Odwołujący odniesie się szczegółowo do decyzji Zamawiającego w kolejnych punktach treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

Uzasadniając zarzuty odwołujący wskazał, co następuje.

Wbrew temu co twierdzi Zamawiający, Odwołujący jest wykonawcą, który spełnia wszelkie warunki udziału w Postępowaniu, w szczególności określony w punkcie 8.6.1 lit. f IDW.

Odwołujący spełnia wskazany powyżej warunek udziału samodzielnie, co wykazał w treści JEDZ, który został złożony Zamawiającemu wraz z ofertą. Żadna z dwóch wskazanych inwestycji nie była kwestionowana przez Zamawiającego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Gdyby tak bowiem było, Zamawiający wezwałby Odwołującego do uzupełnienia formularza JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 PZP, względnie do przedstawienia wyjaśnień dotyczących wskazanych w tym dokumencie inwestycji w trybie art. 26 ust. 4 PZP. Tymczasem w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym Zamawiający zastosował tryb przewidziany art. 26 ust. 2f PZP. Przywołany przepis uprawniał Zamawiającego do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów do wykonawców (to znaczy: do wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu), jeżeli miałyby to być niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania. Powyższe potwierdza, że wezwanie skierowane do Odwołującego w dniu 26 czerwca 2017 r. nie wynikało z jakichkolwiek wątpliwości co do przedłożonych przez Odwołującego dokumentów, a było jedynie wyrazem dbałości Zamawiającego o właściwy przebieg Postępowania. W celu uniknięcia wszelkich wątpliwości odnośnie tego, że Odwołujący spełnia będący osią sporu w niniejszej sprawie warunek udziału w Postępowaniu, w załączeniu do odwołania zostały przedstawione dokumenty potwierdzające posiadanie tego doświadczenia, tj. poświadczenie z 1 lipca 2013 r. dotyczące budowy drogi ekspresowej (...) oraz świadectwo przejęcia robót z 25 września 2015 r. dotyczące inwestycji realizowanej na linii kolejowej nr (...) K. - P.

Po drugie i niezależnie od powyższego, Odwołujący spełnia warunek opisany w punkcie 3.6.1 lit. f IDW także dzięki zaangażowaniu podmiotu trzeciego - P. BAU, co zostało z kolei wykazane w treści JEDZ, złożonego Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z 26

czerwca 2017 r. oraz w pozostałych dokumentach {tj. wykazie robót oraz referencjach). Warto w tym miejscu podkreślić, że także to doświadczenie nie było w żaden sposób merytorycznie kwestionowane przez Zamawiającego. W szczególności, zarówno wykaz robót, jak i referencje dotyczące inwestycji realizowanej przez P. BAU nie dają jakichkolwiek podstaw dla twierdzenia, że doświadczenie nią objęte nie spełnia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 8.6.1 lit. f IDW.

Tym samym, przyjęcie na obecnym etapie Postępowania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału jest niezgodne z zaistniałym w sprawie stanem faktycznym.

Istotą decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania jest wyłącznie twierdzenie, jakoby doszło do rzekomej nieuprawnionej zmiany treści oferty Odwołującego. Odwołujący chciałby wskazać, że błędne jest zapatrywanie Zamawiającego jakoby wykaz posiadanych doświadczeń na potwierdzenie warunku udziału w Postępowaniu (czy to zawarty w formularzu JEDZ, czy uzupełniany następnie w wyniku wezwania ze strony zamawiającego) stanowił treść oferty. O prawnym charakterze oświadczeń i dokumentów oraz ich znaczeniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia decyduje tylko i wyłącznie ich merytoryczne znaczenie (por. KIO 2234/12). Jednocześnie, ustawa PZP nie zawiera odmiennej od ogólnych zasad prawa cywilnego definicji oferty; pojęciem oferty należy obejmować tak zwane elementy przedmiotowo istotne umowy - essentialia negotii, bez których zawarcie umowy nie byłoby możliwe. Przez istotne postanowienia należy zatem rozumieć te elementy, które ją charakteryzują i indywidualizują. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, jakoby w wyniku uzupełnienia dokumentów w dniu 5 lipca 2017 r. doszło do istotnej zmiany treści oferty. Co najwyżej zmianie uległa informacja (zawarta w JEDZ) co do doświadczeń posiadanych przez Odwołującego, która w żadnym przypadku nie stanowiła treści oferty. Odnosiła się ona bowiem nie do elementów przedmiotowo istotnych przyszłej umowy z Zamawiającym, a do cech wykonawcy. W szczególności, informacja ta nie stanowiła oświadczenia woli Odwołującego zmierzającego do zaciągnięcia zobowiązania. Nie można zatem uznać na tej podstawie, że doszło do jakiegokolwiek zmiany oferty. Zamawiający w żaden sposób nie kwestionuje merytorycznie posiadanego przez Odwołującego (czy też przez podmiot trzeci - P. BAU) doświadczenia, a w swoim rozstrzygnięciu skupia się jedynie na proceduralnym aspekcie który stanowi wyłączną podstawę dla pozbawienia Odwołującego możliwości ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Czynność Zamawiającego należy zatem uznać za przejaw formalizmu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Formalizm ten nie stanowi istoty prowadzonego postępowania i nie powinien jako taki przesłaniać naczelnego celu, dla którego postępowanie się prowadzi. Celem tym jest bowiem wybór wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania umowy.

Uzasadnienie decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania opiera się w zasadzie wyłącznie o „suche” odniesienie Zamawiającego do Wyroku Esaprojekt. Zamawiający nie wyjaśnił, jakie znaczenie dla zaistniałego w sprawie stanu faktycznego ma wydany przez Trybunał wyrok. Niezależnie od tego, że przywołany wyrok może mieć dla niniejszej sprawy znaczenie wyłącznie historyczne, to czynność Zamawiającego pozostaje także w tym zakresie niezgodna z art. 92 ust. 1 pkt 2) PZP, ponieważ w decyzji brakuje de facto uzasadnienia faktycznego i prawnego. Zamawiający jako gospodarz prowadzonego Postępowania powinien przedstawić to uzasadnienie w sposób jasny i niebudzący wątpliwości, zwłaszcza, że to jego (w zaistniałym w sprawie stanie faktycznym) obciążał ciężar wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Istotne znaczenie ma okoliczność, iż przed wydaniem Wyroku Esaprojekt zmiany podmiotowe polegające na wymianie doświadczeń wykonawcy na doświadczenia podmiotu trzeciego nie budziły wątpliwości w orzecznictwie Izby. Ze zgodnego stanowiska orzecznictwa i doktryny jednoznacznie wynika, że wykonawca uprawniony jest do przedstawienia "nowego doświadczenia", jeżeli dotychczas wskazywane nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Dopuszcza się również powoływanie się na potencjał podmiotu trzeciego, który dopiero na tym etapie postępowania wprowadzany jest do oferty.

Na marginesie decyzji o wykluczeniu przywołuje się kilka innych uchybień wykonawcy, które w rzeczywistości nie miały miejsca, ponieważ wszystkie dokumenty zostały Zamawiającemu doręczone w wymaganej formie i wskazanym przez niego terminie.

Przywołany przez Zamawiającego wyrok Trybunału w sprawie C-387/14 nie ma jakiegokolwiek znaczenia dla niniejszej sprawy z kilku powodów; po pierwsze, wyrok nie może stanowić samodzielnej podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wyrok Trybunału nie stanowi źródła prawa powszechnie obowiązującego w rozumieniu art. 87 Konstytucji. Okolicznością istotną, że Wyrok Esaprojekt dotyczył przepisów nieobowiązującej już dyrektywy 2004/18/WE, tzw. „starej” dyrektywy klasycznej zastąpionej „nową” dyrektywą klasyczną, tj. dyrektywą 2014/24/UE .

Oprócz tego, że niniejsze Postępowanie nie jest prowadzone w oparciu o przepisy „starej” dyrektywy klasycznej, to w dodatku właściwą do jego oceny prawnej dyrektywa sektorowa. W świetle powyższego, Wyrok Esaprojekt, jako że dotyczył wykładni innych przepisów prawa unijnego niż te obecnie obowiązujące, nie może mieć mocy wiążącej w niniejszej sprawie. Obecnie obowiązujące dyrektywa 2014/24/UE oraz dyrektywa 2014/25/UE zawierają w tym zakresie bowiem szereg odmienności (istotnych dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy) implementowanych do przepisów PZP, o których poniżej:

- Rzeczywiście dyrektywa 2004/18/WE w art. 51 wskazywała, że „instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na

podstawie art. 45-50 lub o ich wyjaśnienie.". Z treści artykułu wynika wprost, że przedmiotem uzupełniania lub wyjaśniania mogą być jedynie dokumenty przedłożone, czyli takie co do których informacja została, co najmniej, zamawiającemu zakomunikowana.

- Na tej podstawie Trybunał wydając wyrok w sprawie C-387/14 mógł zasadnie przyjąć, że przywołany przepis nie obejmuje chociażby możliwości wymiany podmiotowej rozumianej jako zastąpienie własnego doświadczenia wykonawcy doświadczeniem podmiotu trzeciego. Trybunał uznał bowiem, że w oparciu o art. 51 dyrektywy 2004/18/WE można było dokonać jedynie mało znaczących modyfikacji mających na celu doprecyzowanie informacji przedłożonych zamawiającemu - co znalazło wyraz w porównaniu w opinii Rzecznika Generalnego B. tej okoliczności do zdjęcia.

- W obecnie obowiązującej dyrektywie 2014/24/UE odpowiednikiem przywołanego powyżej art. 51 dyrektywy 2004/18/WE pozostaje art. 59 ust. A. Przepis ten mówi o możliwości uzupełniania lub wyjaśnienia dokumentów otrzymanych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia lub spełniania warunków udziału w postępowaniu. O jego zastosowaniu do postępowań sektorowych przesądza z kolei art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE zawierający stosowne odesłanie.

- Jednocześnie jednak dyrektywa 2014/24/UE wprowadza jeszcze jeden (bardzo istotny) przepis, tj. art. 56 ust. 3. Mówi on wprost o tym, że „jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą - chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej - zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości.”.

- W świetle powyższego art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE ma znacznie szerszy zakres zastosowania niż art. 59 ust. 4 tejże. Na mocy art. 56 ust. 3 zamawiający może w szczególności żądać nie tylko samych wyjaśnień lub uzupełnień, ale wymagać przedstawienia w ogóle niepodanych wcześniej informacji lub dokumentów. Powyższe prowadzi do wniosku, że nowa dyrektywa klasyczna jest w tym zakresie bardziej liberalna niż jej poprzedniczka i dopuszcza „ujawnienie” pewnych informacji dopiero następczo w stosunku do złożonej w postępowaniu oferty.

- Co więcej, w odniesieniu do kwestii będącej przedmiotem sporu w ramach niniejszej sprawy-czyli możliwości zamiany doświadczenia własnego wykonawcy na doświadczenie podmiotu trzeciego, dyrektywa 2014/24/UE także wprowadza pewne novum, tj. art. 63 ust. 1. Zgodnie z treścią tego przepisu zamawiający wymaga m. in., by wykonawca zastąpił podmiot trzeci, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. W takiej sytuacji instytucja zamawiająca może

wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia. Z powyższego przepisu wynika wprost możliwość dokonania pewnej modyfikacji podmiotowej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, czego nie uwzględnił w swoim rozstrzygnięciu Trybunał orzekając na podstawie przepisów starej dyrektywy klasycznej. Co więcej, analogiczny mechanizm został przewidziany w art. 79 dyrektywy 2014/25/UE, czyli nowej dyrektywy sektorowej.

Przywołany mechanizm dający możliwość pewnej modyfikacji podmiotowej na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przewidziany jest w art. 22a ust. 6 PZP. Zgodnie z nim „jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1 (podmiotu trzeciego), 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."

- Jeżeli zatem w świetle wyraźnych postanowień dyrektywy 2014/24/UE oraz dyrektywy 2014/25/UE, a także Implementowanych na ich podstawie przepisów PZP dopuszcza się wprost możliwość zmiany podmiotowej po stronie wykonawcy, gdy posługuje się on (od samego początku trwania postępowania) podmiotami trzecimi (tj. zastępuje jeden podmiot trzeci innym lub wykorzystuje własne doświadczenie), to dlaczego miałyby się odmówić możliwości takiej zmiany wykonawcy, który deklaruje z początku wykorzystanie własnego doświadczenia? Brak możliwości dopuszczenia takiej sytuacji byłby nie do pogodzenia z zasada równego traktowania wykonawców biorących udział w postępowaniu, ponieważ lepszą sytuację mieliby wykonawcy nie posiadający samodzielnie wymaganego doświadczenia w porównaniu do tych, którzy doświadczenie posiadają, ale z różnych powodów ostatecznie chcą wykorzystać doświadczenie podmiotu trzeciego.

W świetle powyższego, jak słusznie podnosi się w piśmiennictwie, nie można bezrefleksyjnie stosować wykładni przepisów zawartej w Wyroku Esaprojekt do aktualnie trwających postępowań o udzielenie zamówienia publicznego (w tym także niniejszego Postępowania) opartych o nowe przepisy. Tymczasem Zamawiający właśnie w taki sposób postąpił - wykluczył Odwołującego z Postępowania, nie udzielając przy tym informacji o rzeczywistych powodach takiej decyzji. Odwołujący otrzymał wyłącznie lakoniczną informację o mającym jedynie historyczne znaczenie Wyroku Esaprojekt i o rzekomej aktualności tez zawartych w tym orzeczeniu w odniesieniu do sytuacji Odwołującego w Postępowaniu. Powyższe tym

bardziej trudno zrozumieć z uwagi na fakt, że Odwołujący pozostaje podmiotem w pełni spełniającym wszelkie warunki udziału w Postępowaniu samodzielnie, jak i dysponuje niezbędnym doświadczeniem podmiotu trzeciego, który pozostaje członkiem grupy kapitałowej Odwołującego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie.

Ocecił, że w przedmiotowej sprawie doszło do zmiany oferty złożonej przez odwołującego poprzez zmianę oznaczonego w treści tejże oferty rozumianej szeroko tj. również z uwzględnieniem informacji stanowiących o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Przypomniał, iż doszło do zamiany doświadczenia wykonawcy, z własnego na cudze przez powołanie się na doświadczenie podmiotu trzeciego. Takie zmiany podmiotowe tj. m.in. w zakresie zmiany oświadczenia co do wykazania warunku udziału w postępowaniu, jak stanowi wykazanie się spełnieniem określonego doświadczenie tj. wyroku Trybunału wskazanego w uzasadnieniu wykluczenia odwołującego, są niedopuszczalne. Stwierdził, że wykładnia przepisów oparta na wskazanym wyroku zachowuje aktualność przedmiotowego rozstrzygnięcia pomimo uchylecia dyrektywy klasycznej z 2004 r.

Zauważył, że w związku z nowelizacją przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych w żadnym razie nie doszło do zdezaktualizowania się podstawowych zasad prawa zamówień publicznych, do których należą zasada równego i niedyskryminującego traktowania wykonawców, czy też zasada przejrzystości postępowania. Zauważył, że z wyroku Trybunału wynika brak możliwości przekazywania zamawiającemu po upływie terminu składania ofert dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, których nie zawierała jego pierwotna oferta.

Powołując orzecznictwo wskazał na dopuszczalność niewielkich sprostowań lub wyjaśnień do treści oferty z zastrzeżeniem, że wyjaśnienia nie mogą prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem nowej oferty.

Zamawiający wskazuje iż powyższe dotyczy zagadnienia możliwości zmiany przez wykonawców na etapie badania spełniania przez nich warunków udziału w postępowaniu doświadczenia lub zasobów, w przypadku, gdy pierwotnie wskazane w ofercie doświadczenie lub zasoby nie spełniały postawionego przez zamawiającego warunku. W świetle powyższego należy uznać, że wykonawca pozostaje związany w zakresie warunków udziału w postępowaniu swoimi oświadczeniami złożonym w JEDZ, których nie może następnie zmieniać.

Wskazał także na argumenty Sądu Najwyższego dotyczące celowości uznania względnej mocy wiążącej erga omnes wyroków wykładniczych Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Zamawiający podziela pogląd o zaistniałej zmianie procedury udzielania zamówień publicznych w ramach znowelizowanych przepisów ustawy pzp, co jednak nie

dezaktualizuje rozstrzygnięcia TSUE, które w istocie dotyczą zasad postępowania, które nie uległy w tym zakresie zmianie. Przypomniał opinię Prezesa UZP z 9 sierpnia 2014 r. w przedmiocie relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy pzp, w której zwrócono także uwagę na aktualność wyroku Trybunału i uznał, że potwierdzona została prawidłowość dokonanej przez niego oceny działania odwołującego w postaci dokonania nieuprawnionej zmiany oferty. Wskazał na orzeczenie KIO 1183/17 zapadłe w analogicznym stanie faktycznym.

Zamawiający wskazuje na nieuprawnioną modyfikację oferty w zakresie zmiany doświadczenia pierwotnie własnego wskazanego w JEDZ na doświadczenie podmiotu trzeciego wskazanego w JEDZ przedłożonym wraz ze złożonymi na wezwanie dokumentami. Tym samym zamawiający nie mógł wziąć w ogóle pod uwagę złożonych w toku postępowania oświadczeń. Wskazując na zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zauważa, że jeżeli złożenie określonych oświadczeń i dokumentów na ich potwierdzenie samo w sobie stanowiło naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych, niedopuszczających możliwości modyfikacji treści oferty po otwarciu ofert, to brak podstaw do brania takowych oświadczeń przez zamawiającego w toku postępowania na wykazanie spełnienia warunków udziału. Nie mogąc zaś uwzględnić z wyżej oznaczonych przyczyn powołanych oświadczeń, zamawiający nie mógł dokonać ich weryfikacji tj. stwierdzić spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie pierwotnego oświadczenia nie mogły być brane pod uwagę ze względu na jego wycofanie, a w zakresie modyfikacji, nie można było uwzględnić, jak oświadczenie pozostające poza zakresem pierwotnego.

Z tego względu zamawiający czynność wykluczenia z postępowania z uwagi na niespełnienie wymogu uznaje za uzasadnioną.

Zamawiający nie godzi się z wywodami co do braku istnienia w przepisach zakazu zastąpienia na etapie oceny ofert, pierwotnie wskazanego doświadczenia własnego doświadczeniem podmiotu trzeciego. Wskazuje przy tym art. 84 ust. 1 i 87 ust. 1 ustawy jako regulujące zakaz dokonywania zmiany w ofercie po dacie jej złożenia. Odmienne stanowisko umożliwiłoby manipulację złożoną ofertą i prowadzenie negocjacji co do jej treści co jest niedozwolone.

Odnosnie zarzutu o braku uzasadnienia faktycznego i prawnego w decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału zamawiający stwierdził, że podał podstawę prawną czynności tj. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp, a także opisał okoliczności faktyczne, w tym warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8.6.1. ppkt 2 IDW, a także wskazał na wyrok Trybunału powszechnie dostępny.

Z ostrożności procesowej zamawiający, odnosząc się do całości argumentacji podniesionej w toku postępowania odwoławczego zauważa, że w sytuacji, w której działanie

odwołującego, polegające na nieuprawnionej modyfikacji oferty, a to przez zmianę oznaczonego doświadczenia z własnego, na doświadczenie podmiotu trzeciego, które doprowadziło w istocie do zmiany tożsamości podmiotowej wykonawcy, jako niewątpliwie naruszające, w ocenie zamawiającego, przepisy prawa zamówień publicznych, nie wymagało w żadnym razie wezwania odwołującego do wyjaśnień. Żadne wyjaśnienia złożone bowiem na okoliczności dotyczące nieuprawnionej modyfikacji oferty nie mogłyby bowiem doprowadzić do zmiany oceny prawnej działania odwołującego, a tym samym byłyby w niniejszej sprawie bezprzedmiotowe, niezależnie od okoliczności, iż stanowiłyby w istocie o nierównym traktowaniu odwołującego względem pozostałych uczestników postępowania, poprzez de facto próbę umożliwienia odwołującemu naprawy swego nieuprawnionego działania, co w świetle obowiązujących zasad prawa zamówień publicznych, nie może zostać uznane za dozwolone.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wniósł o oddalenie odwołania. Na uzasadnienie stanowiska wskazał w szczególności na aktualność orzeczenia Esaprojekt, w którym mowa jest o uzupełnieniu przedłożonych już dokumentów bez możliwości uzupełniania dokumentów, które nie znalazły się w dokumentach, które nie znalazły się w dokumentacji złożonej przez wykonawcę. Powołał także opinię Prezesa UZP dotyczącą relacji przepisów art. 26 ust. 3 oraz 22a ust. 6 ustawy pzp w kontekście wskazanego wyroku Trybunału Sprawiedliwości.

Stwierdził, że wobec czynności odwołującego polegającej na wprowadzeniu podmiotu trzeciego w zakresie warunku wykazywanego wcześniej własnym potencjałem, korzystanie przez zamawiającego z przepisów art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy byłoby bezcelowe. Ponadto stwierdził, że oświadczenia dotyczące realizacji własnych przedstawionych w ofercie są sprzeczne z rzeczywistym stanem rzeczy. Uznał także, że odwołujący dopuścił się zmiany oświadczenia odnoszącego się do kręgu podwykonawców i prac, które podwykonawcom zleci. Tego typu zmiany uznaje się w orzecznictwie jako niedopuszczalne negocjacje prowadzące do nieuprawnionej zmiany oferty. W świetle art. 87 ustawy pzp/

Strony i uczestnik postępowania odwoławczego przedstawili stanowiska na rozprawie.

Odwołujący poparł odwołanie wraz z uzasadnieniem oraz złożonym pismem procesowym. Wskazał na brak literalnej podstawy prawnej w decyzji Zamawiającego o wykluczeniu. Podany przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 nie odnosi się wprost do powstałej sytuacji, natomiast Zamawiający dokonał jego negatywnej dla Odwołującego interpretacji, niesłusznie opierając się na powołanym wyroku Trybunału Sprawiedliwości. Na poparcie stanowiska wskazał na postanowienie Trybunału 35/17, wskazujące na wymóg jednoznacznych przepisów, które

pozwalalyby na wykluczenie wykonawcy. Zauważył, że w postępowaniu nie dokonywano w ogóle weryfikacji podmiotowej wykonawcy, w tym oświadczenia zawartego w JEDZ, złożonym z ofertą. Zauważył, że w sprawie Esaprojekt był inny stan faktyczny, w tym była dokonywana weryfikacja podmiotowa. Wskazał na postanowienia dyrektywy, dotyczące dokumentów, przedstawianych na wezwanie Zamawiającego i wskazał na zasady udostępniania dokumentów.

Odnosząc się do stanowisk Zamawiającego i Przystępującego, stwierdził, że przytoczona w pismach opinia UZP jest bez znaczenia, jako przede wszystkim dotycząca relacji art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3. Opinia ta nie pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem Odwołującego. Wskazał także, iż orzeczenie Trybunału nie może być uwzględnione w nieadekwatnych stanach faktycznych. Zauważył także, że dopiero w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał art. 84 i art. 87 jako ewentualną podstawę prawną, uzasadniającą decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Przypomniał treść art. 56 ust. 3 i 4 oraz art. 59 ust. 4 dyrektywy. Wskazał na zasadę równości wykonawców, zgodnie z którą, jeżeli wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, to może dokonać zamiany tego podmiotu, w przypadku opisanym w art. 22a ust. 6, natomiast niedopuszczenie możliwości zamiany doświadczenia własnego na doświadczenie podmiotu trzeciego lub inne własne byłoby niezgodne z zasadą równości.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonej odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że Odwołujący pomija w swojej argumentacji, podstawowe zasady prawa zamówień publicznych, w tym przejrzystości i równego traktowania wykonawców. Przypomniał treść pierwotnego JEDZ wykonawcy i zamianę dokonaną w toku oceny ofert. Zauważył, że w kolejnym dokumencie pominięto doświadczenie pierwotnie wskazane. Zamawiający uznał, że taka zmiana oferty, w zakresie tożsamości podmiotowej, była nieuprawniona i niedopuszczalna. Stwierdził, że wykładnia przepisu została dokonana zgodnie z wyrokiem Esaprojekt prawidłowo i w konsekwencji uznano, że wykonawca, w toku postępowania, wycofał część swojego oświadczenia.

Na pytanie członka składu orzekającego, o sytuację w razie uznania dokonanej zmiany za bezskuteczną, stwierdził, że i tak stwierdzono by braki, wobec nieprzedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków, a których dotyczyło wezwanie Zamawiającego.

Podkreślił w szczególności nieuprawnioną zmianę tożsamości podmiotowej, jako stanowiącą w rzeczywistości nową ofertę. Wskazał, iż jednoznacznie wskazał podstawę prawną wykluczenia wykonawcy. Na pytanie członka składu orzekającego, co do ewentualności żądania uzupełnienia dokumentów, stwierdził, że w jego ocenie, wobec wycofania pierwotnego doświadczenia, nie miałby podstaw do wzywania wykonawcy o uzupełnienie

dokumentów w tym zakresie, natomiast co do dokumentów złożonych z kolejnym JEDZ-em również nie zaistniały powody do wzywania, gdyż były kompletne. W związku z tym Zamawiający nie wie w jakim zakresie miałyby wzywać do uzupełnienia dokumentów.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, podtrzymał w całości stanowisko przedstawione w złożonym piśmie procesowym. Stwierdził, że przepis art. 22a ust. 6 jest jednoznaczny.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym dokumentację postępowania, na którą w szczególności składają się treść złożonej przez odwołującego oferty oraz wyjaśnień złożonych na wezwanie zamawiającego, jak również stanowiska stron i przystępującego do postępowania odwoławczego, przedstawione na piśmie oraz do protokołu 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 interes w ubieganiu się o udzielenie mu zamówienia i ewentualnie jego realizacji.

Przedmiotem sporu jest zarówno stan faktyczny sprawy, jak i ocena prawna zaistniałych zdarzeń tj. czynności zamawiającego oraz odwołującego.

Dnia 26 maja 2017 r. Odwołujący złożył ofertę i wraz z nią wypełniony formularz („JEDZ”). Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w punkcie 8.6.1 lit. f ID W, przedstawił dwie inwestycje – własne realizacje.

W dniu 26 czerwca 2017 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy pzp wezwał Odwołującego m. in. do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, co do których wstępne oświadczenie Odwołującego znalazło się w treści JEDZ.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył 5 lipca 2017 r. JEDZ, w którym zamiast dwóch inwestycji opisanych pierwotnie z ofertą, wskazane zostały inwestycje zrealizowane przez spółkę z grupy kapitałowej Odwołującego - P. Bau GmbH („P. BAU”). Odwołujący przedłożył także zobowiązanie P. BAU stanowiącego podmiot trzeci do udostępnienia swojego potencjału w postaci doświadczenia oraz komplet niezbędnych dokumentów dla celów weryfikacji tego podmiotu uznając taką czynność za prawidłową i dopuszczalną.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania uznając, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w Postępowaniu określonego w punkcie 8.6.1 lit. f) ppkt 2 IDW wobec dokonania „niedopuszczalnej - w świetle wyroku ETS z dnia 4 maja 2017 r. w

sprawie C-378/14 (Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu) - zmiany treści oferty".

W tym miejscu skład orzekający uznaje, że ocena opisanych działań dokonana tak przez odwołującego, jak przez zamawiającego, nie jest uprawniona w świetle obowiązujących przepisów prawa zamówień publicznych.

Z treści wezwania z dnia 26 czerwca 2017 r. wynika, że zamawiający zażądał uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 tj. potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Co do zasady dotyczy to dokumentów potwierdzających wstępne oświadczenia załączone do oferty w szczególności w dokumencie JEDZ. Jak wyżej wskazano wykonawca nie przedstawił dokumentów na potwierdzenie oświadczeń w JEDZ złożonym z ofertą (okoliczność niesporna).

Obydwie strony stoją na stanowisku, że wykonawca dokonał zmiany w zakresie podmiotu legitymującemu się realizacją prac referencyjnych z tym, że w ocenie odwołującego było to dopuszczalne zastąpienie, a w ocenie zamawiającego niedopuszczalne ze skutkiem w postaci podjętej przez niego decyzji o wykluczeniu z postępowania.

Skład orzekający zauważa, że oferta złożona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest oświadczeniem woli wykonawcy i znajdując oparcie przepisach kodeksu cywilnego oraz ustawy pzp, jest co do zasady niezmienna i wiążąca wykonawcę przez okres wymagany zadeklarowany w jej treści (tu 60 dni zgodnie z pkt 16 oferty w formularzu ofertowym). Ponadto, zgodnie z art. 84 ust. 1 ustawy pzp wykonawca może zmienić lub wycofać ofertę, jedynie przed upływem terminu do składania ofert. Wymaga przypomnienia, że wyjątki od zasady niezmienności oferty tak w sensie rozumianym ściśle tj. przedmiotowo, jak w szerokim rozumieniu, czyli z uwzględnieniem wymogów podmiotowych dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, są przewidziane w ustawie pzp wyłącznie jako możliwe do zastosowania z inicjatywy zamawiającego (por. art. 87 ust. 2, art. 26 ust. 3, art. 22a ust. 6 ustawy pzp).

Zgodnie z powyższym stwierdzić należy, że pomimo złożenia przez odwołującego dodatkowych dokumentów nie nastąpiła zmiana dokumentów ofertowych, zmiana oferty lub zamiana, jak stwierdza odwołujący, czy też wycofanie oświadczenia pierwotnego w ocenie zamawiającego, a w konsekwencji nie ma podstaw do uznania, że wykonawca podlega wykluczeniu.

Skoro zatem wykonawca jest związany treścią oferty i nie ma prawa jej zmienić, w rzeczywistości do żadnej zmiany nie doszło. Dokumenty z dnia 5 lipca 2017 r. zostały zatem złożone bezskutecznie, a jednocześnie wykonawca nie udzielił pozytywnej odpowiedzi na otrzymane wezwanie wystosowane do niego stosownie do nowej procedury wprowadzonej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. Z przepisu zastosowanego przez

zamawiającego tj. art. 26 ust. 2f wynika, że zamawiający może wzywać wykonawców do złożenia określonych oświadczeń i dokumentów, jeżeli uzna to za niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania. Złożenie w tej procedurze oświadczeń i dokumentów jest w istocie czynnością analogiczną do składania dokumentów wraz z ofertą. Jeżeli zatem oświadczenia lub dokumenty do złożenia których zamawiający wzywał, nie zostały złożone, a taka sytuacja nastąpiła w sprawie rozpatrywanej ma zastosowanie procedura „naprawcza” przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy pzp.

Dlatego o obowiązku zastosowania wskazanego przepisu orzeczono w sentencji.

W kolejności skład orzekający stwierdza, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu można, zgodnie z art. 22a ust. 1 wykazać w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, wykazać przez wskazanie zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. W ust. 6 tego przepisu stwierdza się, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby 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, o których mowa w ust. 1.

Przepis rozumiany przez skład orzekający jako jeden z wyjątków od zasady niezmienności oferty (*sensu largo*) może być zdaniem Izby stosowane jedynie ściśle zgodnie z jego treścią. Tym samym nie podziela się stanowiska odwołującego co do możliwości zastąpienia (z przypomnieniem, że zawsze na wezwanie zamawiającego i w wyniku jego oceny, a nie z własnej inicjatywy wykonawcy) własnego potencjału (np. doświadczenia) innym podmiotem, jeżeli nie wskazał innego podmiotu w ofercie, jako że taki kolejny wyjątek w ustawie nie jest przewidziany.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący:

.....

.....