

sygn. akt: **KIO 1183/17**

**WYROK**  
z dnia 6 lipca 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:** Emil Kuriata  
**Członkowie:** Lubomira Matczuk-Mazuś  
Agata Mikołajczyk

**Protokolant:** Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 czerwca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: **Balzola Polska Sp. z o.o. Construciones y Promociones Balzola, S.A., Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa,**

przy udziale:

- 1) **PORR S.A., ul. Hołubcowa 123, 02-854 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska Sp. z o.o. Construciones y Promociones Balzola, S.A., Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie: **Balzola Polska Sp. z o.o. Construciones y Promociones Balzola, S.A., Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Balzola Polska Sp. z o.o. Construciones y Promociones Balzola, S.A., Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa** na rzecz zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa** kwotę 3 889 zł 00 groszy (trzy tysiące osiemset osiemdziesiąt dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zastępstwa prawnego, kosztów dojazdu na rozprawę oraz kosztów opłaty skarbowej od pełnomocnictw.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) 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:** .....

**Członkowie:** .....

.....

Zamawiający - PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem są „Prace na liniach kolejowych nr 153, 199, 681, 682 oraz 872 na odcinku Toszek Północ - Rudziniec Gliwicki - Stare Koźle”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2016/S 207- 374962 w dniu 26 października 2016 r.

Zamawiający przesłał informację o czynności będącej przedmiotem zaskarżenia w dniu 30 maja 2017 r. - zawiadomienie o wykluczeniu wykonawcy i odrzuceniu oferty.

Dnia 9 czerwca 2017 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Balzola Polska Sp. z o.o. Construciones y Promociones Balzola, S.A., Rover Alcisa S.A., Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o., Aldesa Construcciones S.A., Al. Jana Pawła II 12, 00-124 Warszawa (dalej „Odwołujący”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności podjętej przez zamawiającego, polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu na tej podstawie złożonej przez niego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne przyjęcie, że Odwołujący w dniu, w którym upływał termin składania ofert w Postępowaniu nie dysponował wszystkimi narzędziami i urządzeniami technicznymi wymaganymi przez Zamawiającego, przez co w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu oraz poprzez zaniechanie podania uzasadnienia wykluczenia Odwołującego, w tym zaniechanie podania podstaw faktycznych uznania, iż Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego Postępowania podczas gdy Odwołujący zarówno w dniu złożenia oferty, jak i obecnie spełnia wszystkie warunki udziału w Postępowaniu określone przez Zamawiającego, a więc w ogóle nie przedstawił informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd, które mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w Postępowaniu,
- 2) art. 24 ust. 5 pkt 8 PZP w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP w zw. z art. 24 ust. 8 PZP w zw. z art. 92 ust. 1a PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez bezpodstawne przyjęcie, że skoro Odwołujący w formularzu JEDZ składanym wraz z ofertą nie ujawnił okoliczności posiadania zaległości podatkowej, to mimo jej dobrowolnego uregulowania nie przeprowadził skutecznie procedury samooczyszczenia (art. 24 ust.

8 PZP), czego Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił podczas gdy Odwołujący w dniu, w którym upływał termin składania ofert w Postępowaniu pozostawał w usprawiedliwionym, błędnym przekonaniu, iż nie posiada żadnej zaległości podatkowej, a gdy tylko dowiedział się o posiadanej zaległości, niezwłocznie uregulował całą zaległość, a więc skutecznie przeprowadził w tym zakresie procedurę samooczyszczenia, zaś Zamawiający zobowiązany był wyjaśnić powody, dla których dowody przedstawione przez odwołującego w tym zakresie, uznał za niewystarczające,

i w konsekwencji,

3. art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego,

4. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy zamawiający mógł posiadać wątpliwości co do treści złożonych przez odwołującego dokumentów.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości,
- 2) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji postępowania oraz dowodów wskazanych w uzasadnieniu na okoliczności wskazane w niniejszym odwołaniu,
- 3) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z 30 maja 2017 r. polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty,
- 4) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący podniósł, iż w części IV: kryteria kwalifikacji, sekcja C: zdolność techniczna i zawodowa, formularza JEDZ dla lidera konsorcjum - spółki Balzola Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Balzola”) załączonego do formularza ofertowego, odwołujący wskazał, iż sam dysponuje 6 urządzeniami, zaś w stosunku do 4 urządzeń przedłożył zobowiązania podmiotów trzecich do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W części III: Podstawy wykluczenia, sekcja B: Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenie społeczne, formularza JEDZ dla spółki Aldesa Construcciones Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie („Aldesa”) załączonego do formularza ofertowego, odwołujący wskazał, iż wywiązał się ze wszystkich obowiązków dotyczących płatności podatków oraz składek na ubezpieczenie społeczne.

Pismem z dnia 26 kwietnia 2017 r., działając na podstawie art. 24aa ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia aktualnych na dzień

złożenia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 8 maja 2017 r., odwołujący złożył dokumenty, do których został wezwany przez zamawiającego.

Odnosnie podstawy dysponowania Urządzeniami, odwołujący przedłożył Wykaz narzędzi i urządzeń technicznych („Wykaz Urządzeń”), zgodny z załącznikiem nr 8 do IDW, w którym wskazał, że wszystkie 10 Urządzeń zostanie mu oddane do dyspozycji przez podmioty trzecie. Jednocześnie, odwołujący przedłożył zobowiązanie spółki Leonhard Weiss GmbH z siedzibą w Berlinie (dalej „Leonhard”) z dnia 27 stycznia 2017 r., w którym Leonhard zobowiązało się do oddania do dyspozycji odwołującego ośmiu Urządzeń.

Ponadto, w zakresie zaświadczeń z Urzędu Skarbowego składanych dla Aldesa, odwołujący wyjaśnił, że wskutek błędnych wytycznych, Aldesa posiadała na dzień 23 stycznia 2017 r. zaległość podatkową w kwocie 463,00 zł, która była wynikiem wcześniejszych nadpłat w opłacaniu podatków. Jednocześnie, odwołujący wskazał, iż Aldesa powzięła informację o istnieniu powyższej zaległości dopiero po terminie składania ofert (30 stycznia 2017 r.) z związku z wydaniem postanowienia z dnia 3 lutego 2017 r., w związku z czym nie mogła ujawnić jej w JEDZ. Niezwłocznie potem, w dniu 8 lutego 2017 r. Aldesa uregulowała powstałą zaległość. Na dzień złożenia pisma przez odwołującego, Aldesa nie posiadała już żadnych zaległości w opłacaniu podatków.

Odwołujący podkreślił, iż w dniu, w którym upływał termin składania ofert rzeczywiście dysponował własnymi urządzeniami i nigdy nie zadeklarował, jakoby oświadczenie w tym zakresie zostało złożone przez niego omyłkowo. Odwołujący wskazał, że zarówno w chwili składania oferty, jak i obecnie, dysponuje wszystkimi 10 Urządzeniami. W formularzu JEDZ złożonym wraz z ofertą, odwołujący rzeczywiście nie wskazał, że planuje wykorzystać Urządzenia udostępnione mu przez Leonhard. Stało się tak jednak tylko dlatego, że w odniesieniu do wszystkich 8 Urządzeń, do których udostępnienia zobowiązało się Leonhard, w dniu składania oferty w postępowaniu, odwołujący posiadał więcej niż jedną podstawę do dysponowania nimi, tj.:

a) w przypadku 6 Urządzeń - dysponował nimi zarówno samodzielnie, jak i na podstawie zobowiązania Leonhard,

b) w przypadku 2 Urządzeń - dysponował nimi zarówno na podstawie zobowiązań podmiotów trzecich, które zostały załączone do oferty (zobowiązanie Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. oraz Zakład Maszyn Torowych w Krakowie PKP S.A.), jak i na podstawie zobowiązania Leonhard.

Odwołujący w chwili składania oferty, a także w momencie składania wstępnego oświadczenia dotyczącego spełniania warunków udziału (w postaci formularza JEDZ), rzeczywiście planował przede wszystkim wykorzystać Urządzenia własne oraz udostępnione

odpowiednio przez Bahn Technik Wrocław Sp. z o.o. oraz Zakład Maszyn Torowych w Krakowie PKP S.A. W toku przedłużającego się postępowania, odwołujący podjął jednak ostatecznie decyzję o wykorzystaniu wszystkich 8 Urządzeń, do których udostępnienia zobowiązało się uprzednio Leonhard. Decyzja ta miała charakter jedynie biznesowy, a wynikała z zasad współpracy ustalonych pomiędzy odwołującym, a Leonhard. W tym miejscu należy wskazać, iż w praktyce prowadzenia działalności to wykonawca podejmuje decyzję czy w toku realizacji zamówienia będzie używał zasobów własnych czy użyczonych przez podmioty trzecie, w zależności chociażby od dostępności czy kosztów wykorzystania zasobów (urządzeń) własnych lub użyczonych. Jednocześnie, przed złożeniem oferty praktyką jest prowadzenie rozmów z różnymi podmiotami trzecimi oraz uzyskiwanie ich deklaracji (zobowiązań) do użyczenia zasobów. Jednocześnie, w zależności od przebiegu rozmów i negocjacji z podmiotami trzecimi podejmowane są decyzje biznesowe dotyczące zastosowania zasobów własnych lub zasobów użyczonych od danego podmiotu trzeciego. Z uwagi na powyższe, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, odwołujący złożył ostateczne oświadczenie w tym zakresie, w postaci Wykazu Urządzeń, w którym zadeklarował jednoznacznie wykorzystanie 8 Urządzeń udostępnionych mu przez Leonhard - a także pozostałych 2 Urządzeń, udostępnionych mu odpowiednio przez Aarslef Sp. z o.o. oraz Elecnor S.A. Ewentualne wątpliwości jakie zamawiający mógłby powziąć w tym zakresie mogłyby więc dotyczyć jedynie rozbieżności między treścią formularzy JEDZ (gdzie w odniesieniu do sześciu Urządzeń wskazano jako podstawę dysponowanie własne), a Wykazem Urządzeń (zgodnie z którym, wszystkie 10 Urządzeń ma zostać odwołującemu udostępnione).

Zdaniem odwołującego, zamawiający doskonale zdaje sobie sprawę, że oświadczenie złożone w formularzu JEDZ stanowiło jedynie wstępną deklarację - zaś wyrazem ostatecznej decyzji podjętej przez odwołującego jest przedłożony przez niego w dniu 8 maja 2017 r. Wykaz Urządzeń z którego jasno wynika, że odwołujący dysponuje wszystkimi Urządzeniami wymaganymi przez zamawiającego, gdyż zostaną mu one udostępnione przez podmioty trzecie.

Podsumowując kwestię dotyczącą niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania Urządzeniami, zdaniem odwołującego, twierdzenia zamawiającego są jedynie jego hipotezami i domysłami, niepopartymi jakimikolwiek dowodami, a niekiedy wręcz, jak zostało wykazane, opartymi na fałszywych przesłankach.

Z uwagi na powyższe, odwołujący stoi na stanowisku, iż w sposób bezsporny wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w związku z tym decyzja o wykluczeniu go z postępowania jest bezzasadna.

Nawet gdyby jednak uznać, jak przyznał sam zamawiający w zawiadomieniu, iż „złożone przez niego [Odwołującego] dokumenty wzbudziły wątpliwości Zamawiającego”, a wątpliwości te zostaną przez Izbę uznane za uzasadnione, to z ostrożności procesowej, odwołujący wskazał, iż zamawiający nie powinien od razu wykluczyć odwołującego z postępowania, lecz wezwać go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

W dniu 31 stycznia 2017 r., a więc niezwłocznie po upływie okresu ważności zaświadczenia z dnia 28 października 2016 r., Aldesa zwróciła się do Naczelnika Urzędu Skarbowego o wydanie nowego zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach, celem wcześniejszego przygotowania dokumentacji, o złożenie której zgodnie z zapisami ustawy Pzp, powinien wystąpić zamawiający do wykonawcy, którego oferta jest najwyżej oceniona, co w przypadku przedmiotowego zamawiającego zgodnie z wieloletnim doświadczeniem Aldesa nigdy nie nastąpiło wcześniej niż dwa tygodnie po terminie złożenia ofert - co potwierdzają terminy otrzymania wezwań w przedmiotowym postępowaniu (wezwanie datowane na dzień 22 marca 2017 r.). Zgodnie bowiem z procedurą odwróconą (art. 24aa PZP) zamawiający najpierw dokonuje oceny ofert, a następnie bada czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. Należy tutaj nadmienić, iż przedmiotowe zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach zgodnie z ustawodawstwem może być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, jak i nie później niż dzień złożenia, w którym upływa termin przedłożenia stosownych dokumentów lub oświadczeń, o złożenie których wzywa zamawiający.

W odpowiedzi na wniosek Aldesa, w dniu 3 lutego 2017 r., a więc już po terminie składania ofert, Naczelnik Urzędu Skarbowego wydał postanowienie o odmowie wydania zaświadczenia o treści żądanej przez Aldesa wobec stwierdzenia zaległości podatkowych za rok 2016. Zważywszy, że z postanowienia nie wynikało o jaką zaległość chodzi, Aldesa podjęła działania w celu ustalenia kwoty zaległości oraz z jakich tytułów i za jakie okresy powyższa zaległość wystąpiła. Zgodnie z zaświadczeniem US z dnia 23 lutego 2017 r. zaległość dotyczyła zobowiązań z tytułu podatku PIT od osób fizycznych za miesiąc kwiecień oraz grudzień 2016, na łączną kwotę 463,00 zł. Aldesa posiadała zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach wydane 28 października 2016 r., w której nie ujawniono żadnych zaległości, w tym również jakichkolwiek zaległości za miesiąc kwiecień 2016 r. Jednocześnie, w zakresie ustalonych przez US zaległości stwierdzono, że zaległość za kwiecień 2016 wynikała z wcześniejszej nadpłaty podatku PIT zaś zaległość ustalona za grudzień 2016 r. powstała i została ustalona na skutek złożenia przez spółkę Aldesa deklaracji podatku PIT za 2016 r., w dniu 31 stycznia 2017 r. Tym samym, na dzień złożenia przez Aldesa oświadczenia o braku zaległości w podatkach spółka nie posiadała i nie mogła posiadać wiedzy. Niezwłocznie po przeanalizowaniu całej sprawy oraz po uzyskaniu wiedzy nt. zaległości, Aldesa w dniu 8 lutego 2017 r. uregulowała całą zaległość podatkową wraz z



odsetkami. W dniu 10 lutego 2017 r. Aldesa ponownie wystąpiła o wydanie zaświadczenia o niezaleganiu w podatkach. W odpowiedzi, Naczelnik Urzędu Skarbowego wydał zaświadczenie o niezaleganiu w podatkach na dzień 9 lutego 2017 r.

Odwołującemu (Aldesa) nie można w tym zakresie przypisać winy nieumyślnej przy przekazaniu zamawiającemu informacji dotyczącej niezaleganiu w podatkach przez Aldesa.

Ponadto, nawet gdyby uznać inaczej, z czym odwołujący oczywiście się nie zgadza, to należy zwrócić uwagę, iż podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, została objęta przez ustawodawcę możliwością przeprowadzenia przez wykonawcę procedury samooczyszczenia, zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp.

Odnosnie momentu przeprowadzenia procedury samooczyszczenia, odwołujący stanowczo odrzucił argumentację zamawiającego, iż można jej dokonać jedynie w przypadku wskazania podstaw do wykluczenia z postępowania już w momencie składania formularza JEDZ. Nie sposób bowiem wyobrazić sobie, aby wykonawca, który w momencie składania oferty, w formularzu JEDZ, składa nieprawdziwe informacje, jednocześnie wskazał zamawiającemu, że podlega z tego powodu wykluczeniu z postępowania, a dodatkowo przedkłada dowody, że dokonał już w tym zakresie samooczyszczenia (zgodnie z art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, podstawa wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, została objęta możliwością samooczyszczenia).

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, odwołujący stwierdził, że w przypadku przesłanki z art. 24 ust. 1 pkt 17, procedura samooczyszczenia może mieć miejsce jedynie na późniejszym etapie postępowania.

W zaistniałym stanie faktycznym, zamawiający zaś w żaden sposób nie uprzedził odwołującego o możliwości wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, nie uwzględnił wyjaśnień i dokumentów dotyczących przyczyn i uregulowania zaległości przedstawionych przez wykonawcę wraz z pismem z dnia 8 maja 2017 r. ani nie wezwał go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, czym rażąco naruszył dyspozycję art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Wykluczeniu podlega tylko taki wykonawca, który (i) posiada zaległości podatkowe na dzień składania ofert oraz (ii) nie dokonał następnie płatności zaległych podatków. Oba te warunki muszą być przy tym spełnione łącznie.

Gdyby bowiem przyjąć, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania w każdej sytuacji, gdy posiada zaległości podatkowe na dzień składania ofert (niezależnie od tego, czy następnie ureguluje te zaległości wraz z odsetkami), to ustawodawca nie dopuściłby możliwości przeprowadzania w tym zakresie procedury samooczyszczenia przewidzianej w art. 24 ust. 8 ustawy Pzp. Skoro zaś ustawodawca objął przesłankę wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, możliwością dokonywania procedury samooczyszczenia, to należy stwierdzić, że z brzmienia przywoływanego przepisu oraz art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wynika

wprost, iż w każdym przypadku, późniejsza spłata zaległości stanowi okoliczność wyłączającą możliwość wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Podsumowując, należy uznać, że zapłata przez odwołującego (Aldesa) całości zaległości podatkowych wraz z odsetkami (która to zapłata jest okolicznością bezsporną) stanowi skuteczne przeprowadzenie przez Odwołującego procedury samooczyszczenia w tym zakresie.

#### Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, iż zaskarżone czynności zamawiającego naruszają interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia a także, że odwołujący może ponieść szkodę w wyniku wskazanych naruszeń. Poprzez bezzasadne wykluczenie odwołującego z postępowania, odwołujący niewątpliwie poniesie wymierną szkodę majątkową, ponieważ utracił on możliwość ubiegania się o zamówienie, dla którego prowadzone było postępowanie. Bezpośrednim następstwem wskazanych w petitum niniejszego odwołania przepisów PZP jest szkoda w majątku odwołującego w postaci braku możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uznania przez zasadności odwołania, a następnie po dokonaniu przez zamawiającego żądanych czynności, odwołujący będzie mógł uzyskać przedmiotowe zamówienie (jego oferta zgodnie z przyjętymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert powinna zostać uznana za najkorzystniejszą), co niewątpliwie jest zgodne z jego interesem.

Przystępujący do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego, wykonawca Porr S.A., podzielił stanowisko zamawiającego.

#### Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

W ocenie Izby, potwierdził się jeden z podnoszonych zarzutów odwołania.

Zdaniem Izby, za zasadne uznać należało zarzuty dotyczące czynności zamawiającego w zakresie wykluczenia odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

Ustawodawca, określając przesłankę do wykluczenia wykonawcy z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, w przepisie art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, wskazał jednocześnie, iż wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16–20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się, jeżeli wobec wykonawcy, będącego podmiotem zbiorowym, orzeczono prawomocnym wyrokiem sądu zakaz ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz nie upłynął określony w tym wyroku okres obowiązywania tego zakazu. Zamawiający zaś, na podstawie przepisu art. 24 ust. 9 ustawy Pzp, może podjąć decyzję, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

Krajowa Izba Odwoławcza, w okolicznościach przedmiotowej sprawy stwierdziła, że odwołujący w sposób rzetelny i wystarczający, wyjaśnił zamawiającemu, a tym samym

w sposób jasny i precyzyjny udowodnił, iż nie zachodzą, wobec niego, przesłanki do wykluczenia, wskazane dyspozycją przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Podnieść bowiem należy, że w chwili składania ofert odwołujący nie był w posiadaniu wiedzy, że jeden z uczestników konsorcjum (Aldesa), posiadał zaległości podatkowe. Trzeba jednak przyznać, iż odwołujący w sposób transparentny i jasny wyjaśnił zamawiającemu, wypełniając dyspozycję przepisu art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, iż w chwili stwierdzenia zaległości podatkowej, podjął niezbędne czynności w celu usunięcia powstałego zobowiązania podatkowego. Odwołujący nie ukrywał zatem przed zamawiającym, że taka okoliczność powstała. Wręcz przeciwnie, opisał całą sytuację i natychmiast, bez zbędnej zwłoki dokonał procedury tzw. samooczyszczenia.

Procedura opisana przepisem art. 24 ust. 8 ustawy Pzp, co do zasady dotyczy okoliczności, które muszą wynikać ze złożonego zamawiającemu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ). Jednakże nie da się jednoznacznie wykluczyć sytuacji, w szczególności, gdy procedura udzielenia zamówienia publicznego jest rozłożona w dość długim czasookresie, że po złożeniu dokumentu JEDZ, zmieniają się okoliczności dotyczące składającego ten dokument wykonawcy, w ten sposób, że ujawnią się nowe, nieznane wcześniej wykonawcy okoliczności, które mogą mieć wpływ na ocenę wykonawcy w postępowaniu. Z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. W takiej sytuacji, w ocenie Izby, wykonawca ma prawo do podjęcia określonych czynności, tzw. „self cleaningu” (samooczyszczenia), celem wykazania zamawiającemu, że jest wykonawcą rzetelnym, w szczególności że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przedkładając powyższe ustalenia na stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że odwołujący, w sposób zasadniczo pozytywny, dokonał procedury samooczyszczenia, a mając na względzie przepis art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, który w swoje treści odnosi się do czynności wykonawcy w zakresie dokonania płatności należnych podatków, a czynność taką odwołujący wykonał, tym samym wyłączona została przesłanka do wykluczenia odwołującego na podstawie przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, za niezasadne Izba uznała wykluczenie wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp, który stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W powyższym zakresie Izba nie stwierdziła, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd. Nie są to też informacje, które mogły mieć wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, albowiem odwołujący od samego początku, transparentnie informował

zamawiającego o okolicznościach dotyczących powstałych zaległości podatkowych oraz o podjętych czynnościach samooczyszczenia.

W powyższym zakresie Izba stwierdziła, że czynność zamawiającego była niezasadna.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego w zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne przyjęcie przez zamawiającego, że odwołujący w dniu, w którym upływał termin składania ofert w postępowaniu nie dysponował wszystkimi narzędziami i urządzeniami technicznymi wymaganymi przez zamawiającego, przez co w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, a w konsekwencji przepisu art. 89 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty odwołującego oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, zamawiający prawidłowo wykluczył odwołującego, albowiem wykonawca ten, co najmniej w sposób lekkomyślny składał zamawiającemu deklaracje nie znajdujące pokrycia w stanie faktycznym. W zakresie omawianych, w tej przesłance wykluczenia, zarzutów Izba podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego oraz przystępującego po jego stronie wykonawcy.

Na wstępie Izba, stwierdziła jednoznacznie, że dokumentowi JEDZ nie można przypisać charakteru dokumentu wstępnego, albowiem żaden z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, czy też dyrektywy, takiego charakteru temu dokumentowi nie przypisuje. Zatem wykonawca składający ten dokument, który stanowi jednocześnie jego oświadczenie, deklaruje/oświadcza zamawiającemu szereg różnych okoliczności, które mają potwierdzać m.in. spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca jest tym oświadczeniem związany i tylko w bardzo szczególnych okolicznościach mogą być składane względem tego oświadczenia wyjaśnienia, czy też zmiany. Powyższą tezę potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 4 maja 2017 roku, sygn. akt C-387/14, w którym Trybunał, odpowiadając na pytanie Izby udzielił jednoznacznej odpowiedzi: *„Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot*

*trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia”.*

Przywołany fragment nie budzi najmniejszych wątpliwości co do oceny praktyki, jakiej dopuścił się w toku postępowania odwołujący, którą TSUE uznaje za niedopuszczalną zmianę oferty. Podkreślenia wymaga, że oceniana przez TSUE sytuacja jest identyczna z tą, z którą mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Również w tamtej sprawie wykonawca pierwotnie wykazywał się doświadczeniem własnym, po czym, na etapie wyjaśnień, przedstawił oświadczenie podmiotu trzeciego.

W ocenie Izby fakt, iż omawiany wyrok zapadł na kanwie „starej” dyrektywy klasycznej pozostaje bez znaczenia dla oceny przedmiotowej sprawy. Znajdzie on bowiem pełne zastosowanie również do postępowań prowadzonych w oparciu o „nową” dyrektywę, w której reguły uzupełnienia dokumentów pozostają identyczne (w „nowej” dyrektywie kwestię uzupełniania dokumentów reguluje art. 56 ust. 3 oraz 59 ust. 4).

W zakresie powyższego wyводу warto przytoczyć trafny fragment opinii Rzecznika Generalnego w niniejszej sprawie, cyt.: *„Moim zdaniem podejście Trybunału można najlepiej ująć w formie pewnej metafory: przedstawione przez oferenta informacje i dokumentacja w chwili upływu terminu składania ofert stanowią zdjęcie. Jedynie informacje i dokumenty już mieszczące się w obrębie obrazu mogą być uwzględniane przez instytucję zamawiającą. Nie uniemożliwia to jednak instytucji zamawiającej zbliżenia dowolnych szczegółów obrazu, które są nieco zamazane, bądź zażądania zwiększenia rozdzielczości obrazu w celu bardziej wyraźnego ujżenia danego szczegółu. Zarazem podstawowe informacje winny już znaleźć się w pierwotnej migawce, choć w mniejszej rozdzielczości. Kierując się powyższą logiką, uważam, iż co do zasady nie można zezwalać oferentowi na wykazanie, że spełnia on wymogi techniczne i zawodowe zamówienia w drodze powołania się na doświadczenie osób trzecich, które nie zostało wskazane przed upływem terminu składania ofert. Informacje te po prostu nie znalazły się w obrębie pierwotnego obrazu”.*

Jednocześnie nie powinno budzić wątpliwości, że wyrokiem TSUE należy przypisać moc wykraczającą poza tę właściwą do rozstrzygania jedynie jednostkowych przypadków, co potwierdza w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy: *„Zdaniem Sądu Najwyższego istnieją ważne argumenty za uznaniem względnej mocy wiążącej erga omnes wyroków wykładniczych TSUE, w szczególności wobec sądów zobowiązanych do skierowania pytania prejudycjalnego na podstawie art. 267 tiret 3 TfUE, a takim jest Sąd Najwyższy orzekający w postępowaniu kasacyjnym”* (Postanowienie Sądu Najwyższego, 7 sędziów z dnia 14 października 2015 r. I KZP 10/15). W orzeczeniu z dnia 30 września 2003 r. (w sprawie C-224/01 Kóbler przeciwko Austrii) TSUE stwierdził, że przesłanka wystarczająco poważnego naruszenia prawa wspólnotowego wystąpi, jeżeli sąd krajowy orzeknie wbrew wyraźnemu

orzeczeniu TSUE w danej dziedzinie (orzeczenie to należy odnieść też do orzekających organów administracji państwowej).

Przekładając powyższe na stan faktyczny sprawy, Izba stwierdziła, że zamawiający prawidłowo ocenił zespół okoliczności i zasadnie wykluczył odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Przedmiotowe postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepis art. 24aa ustawy Pzp, zgodnie z którym zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu (możliwość zastosowania procedury odwróconej została przewidziana w pkt 20.1 IDW).

Złożony przez odwołującego wykaz narzędzi i urządzeń technicznych niezbędnych do realizacji zamówienia (załącznik nr 8 do s.i.w.z.) w znacznym stopniu odbiegał nie tylko od oświadczeń zawartych w JEDZ odwołującego, w których poszczególni członkowie konsorcjum deklarowali dysponowanie sprzętem własnym, natomiast w wykazie narzędzi i urządzeń technicznych niezbędnych do realizacji zamówienia (załącznik nr 8 do s.i.w.z.) zawarli oni oświadczenie, iż zamiast dysponowania własnego, dysponować będą narzędziami i urządzeniami podmiotu trzeciego - Leonhard Weiss GmbH. Okoliczność ta nie była podnoszona we wstępnym oświadczeniu JEDZ. Odwołujący nie dołączył do oferty żadnych dokumentów, a w szczególności dowodów, o których mowa w art. 22a ustawy Pzp wskazujących, iż na dzień składania ofert Leonhard Weiss GmbH udostępnił odwołującemu zdolność techniczną w postaci narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia.

Nie bez znaczenia jest również okoliczność, iż odwołujący w toku składanych przez niego wyjaśnień w trybie art. 90 ustawy Pzp (rażąco niska cena) zapewniał, iż podstawa kalkulacji ceny jest jego korzystna sytuacja przejawiająca się w dysponowaniu własnym sprzętem.

Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż odwołujący w sposób istotny dokonał zmiany w zakresie wykazywania warunku udziału w postępowaniu jakim jest zdolność techniczna, gdyż w JEDZ złożonym wraz z ofertą oświadczył, iż jest samodzielnym dysponentem urządzeń wskazanych w poz. 1-6, natomiast w na wezwanie zamawiającego w oparciu o przepis art. 26 ust. 1 ustawy Pzp złożył oświadczenie, iż w zakresie zdolności technicznej polegającej na dysponowaniu wskazanymi w pkt 8.6.2 lit b urządzeniami będzie dysponował urządzeniami będącymi w dyspozycji podmiotów trzecich, dołączając w tym zakresie oświadczenie Leonhard Weiss GmbH datowane na dzień 27 stycznia 2017 roku wraz z JEDZ.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, że zmiana w zakresie dysponowania sprzętem musiała zostać uznana za niedopuszczalną i zamawiający prawidłowo wykluczył

odwołującego z postępowania, albowiem odwołujący przekazał zamawiającemu, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta (oświadczenie zawarte w JEDZ).

Reasumując, w ocenie Izby, zmiany oświadczeń odwołującego pozwoliły zamawiającemu na przyjęcie, iż w dniu 30 stycznia 2017 roku, odwołujący nie dysponował urządzeniami, do których posiadania był zobligowany zgodnie z pkt. 8.6. 2 lit b IDW lub też dopuszczając, iż oświadczenie Leonhard Weiss GmbH zostało w istocie złożone w dniu 27 stycznia 2017 roku mając na względzie fakt, iż w JEDZ i ofercie odwołujący nie wskazał Leonhard Weiss GmbH jako podmiotu na zasobach którego, będzie polegał, uznać należy zmianę podmiotów za niedopuszczalną i naruszającą zasadę równego traktowania wykonawców.

W ocenie Izby, nie potwierdził się zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, które wynikało z lekkomyślności lub niedbalstwa, co z kolei wywołało skutek w postaci przedstawienia informacji, które wprowadziły zamawiającego błąd i miały istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba nie podzieliła również argumentacji odwołującego, jakoby zamawiający poprzez zaniechanie podania uzasadnienia wykluczenia odwołującego, w tym zaniechania podania podstaw faktycznych uznania, iż odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, albowiem zamawiający w informacji o wykluczeniu odwołującego wyraźnie wskazał, iż *„Zamawiający zauważyła również, iż w toku badania ofert Wykonawca wielokrotnie zaświadczał, iż dysponuje własnym sprzętem. Tym samym uznać należy, iż Wykonawca w sposób co najmniej lekkomyślny składał Zamawiającemu deklaracje nie znajdujące pokrycia w stanie faktycznym.”*

W konsekwencji powyższego, Izba za niezasadne uznała zarzuty odwołującego, dotyczące naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, oraz dyspozycję przepisu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż naruszenie przepisów przez zamawiającego nie wywołuje skutku w postaci konieczności uwzględnienia całego odwołania, albowiem w konsekwencji rozpoznania zarzutów odwołania, jeden z zarzutów został rozstrzygnięty na korzyść odwołującego, zaś pozostałe zarzuty zostały przez Izbę oddalone. Powyższe nie zmienia zatem sytuacji odwołującego w postępowaniu, gdyż dalej pozostaje on wykonawcą wykluczonym z postępowania, a jego oferta odrzucona.



O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....