

WYROK

z dnia 18 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 lipca 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

WUPRINŻ S.A. ul. Straży Ludowej 35, 60-465 Poznań oraz

TERLAN Sp. z o.o. ul. Przemyska 5, 61-324 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez

Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. ul. Wyzwolenia 15, 62-070 Dopiewo

przy udziale wykonawcy **POZBUD T&R S.A. ul. Bukowska 10A, Wysogotowo, 62-081**

Przeźmierowo zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WUPRINŻ S.A. oraz TERLAN Sp. z o.o. i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WUPRINŻ S.A. oraz TERLAN Sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania,**

2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WUPRINŻ S.A. oraz TERLAN Sp. z o.o. na rzecz Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, 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 w Poznaniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Dopiewie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „budowę sieci wodociągowej Joanka – Dopiewiec wraz z odtworzeniem nawierzchni – Etap IIa” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 maja 2017 r. pod numerem 508813. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Podstawy wykluczenia wykonawcy

Zamawiający, powołując się na art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia WUPRINŻ S.A. oraz TERLAN Sp. z o.o. W uzasadnieniu wykluczenia Zamawiający wskazał, iż w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, w oparciu o art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do przedłożenia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, m.in. wykazu robót budowlanych potwierdzającego warunek udziału w postępowaniu określony w pkt 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w ogłoszeniu o zamówieniu.

W trakcie badania złożonych przez wykonawcę dokumentów Zamawiający stwierdził, że roboty realizowane przez firmę MAWED M. K., tj. podmiot udostępniający zasoby niezbędne do wykonania zamówienia, wskazane w złożonym wykazie robót budowlanych oraz list referencyjny nie potwierdzają spełniania warunku postawionego przez Zamawiającego tj. warunku w części budowa wodociągu z rur ciśnieniowych PE o średnicy min. 400 mm i długości min. 2000 mb, w tym wykonanie metodą bezwykopową sieci wodociągowej metodą przewiertu sterowanego o średnicy min. 400 mm o długości min. 500 mb. W związku z powyższym Zamawiający, działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwał wykonawcę do złożenia takiego wykazu robót budowlanych i dowodu, który potwierdzi, że roboty wykonane przez wykonawcę potwierdzają warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.1.2. ppkt a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wykonawca przedłożył wykaz robót budowlanych wraz ze zobowiązaniem innego podmiotu do udostępnienia wykonawcy zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia, tj. firmy „OMEGA” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I. J. wraz z poświadczeniem

o należyтым wykonaniu robót budowlanych wystawionym przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Olkuszu.

Na podstawie okoliczności faktycznych i prawnych Zamawiający uznał, że wykonawca nie wykazał spełnienia postawionych warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający podziela i uznaje za własne stanowisko wyrażone w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. o sygnaturze C-387/14 Esaprojekt, z którego wynika, że w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca usiłował dokonać niedopuszczalnego przekształcenia strony podmiotowej oferty. Art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy, której pryncypia zostały powtórzone w identyczny sposób w obecnej dyrektywie klasycznej, należy interpretować w ten sposób, iż 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 zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia. Trybunał podkreślił, że zgodnie z motywem 46 i art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające powinny zapewnić równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty. W stanie faktycznym, w jakim orzekł Trybunał Sprawiedliwości, a jaki był identyczny ze stanem faktycznym, jaki zawisł w niniejszym postępowaniu, wykonawca przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. W szczególności wykonawca ten wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym. Takie wyjaśnienia zdaniem Trybunału nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa i stanowią *de facto* istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. Takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18. W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich

obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające. Powoływanie się na inny podmiot w wyżej opisany sposób nie stanowi jedynie wyjaśnienia lub formalności. Jest to faktycznie znacząca zmiana oferty. Tym sposobem ulega zmianie sama tożsamość podmiotów realizujących prace, a przynajmniej tożsamość podmiotu, na którego doświadczeniu się polega. Jest to istotna zmiana mająca wpływ na kluczowy element postępowania. Co więcej, jak wskazała Komisja, zmiana taka może prowadzić do zażądania przez instytucję zamawiającą dalszej weryfikacji, a nawet może mieć wpływ na wybór kandydatów zaproszonych do złożenia oferty.

W obliczu powyższych stwierdzeń Zamawiający nie uznał zmiany dokonanej przez Odwołującego jako prawnie skutecznej, z uwagi na fakt, że zachodzą przesłanki obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy, podjął decyzję jak w sentencji pisma.

II Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia WUPRINŻ S.A. i TERLAN Sp. z o.o. wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe zastosowanie, którego skutkiem było bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, podczas gdy Odwołujący skutecznie uzupełnił wykaz robót, czym potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu,

2. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego zastosowanie jedynie dla pozorów i niedokonanie rzeczywistego badania oferty w oparciu o przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym uniemożliwienie Odwołującemu skutecznego uzupełnienia dokumentów niezbędnych dla wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz posiadanego doświadczenia oraz bezzasadne uznanie, iż w postępowaniu – poprzez uzupełnienie przez Odwołującego dokumentów – doszło do niedopuszczalnej zmiany treści oferty,

3. art. 22a ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwą interpretację, w sytuacji gdy przepis ten dopuszcza wprost możliwość posłużenia się potencjałem podmiotów trzecich, gdy będą one brały udział w realizacji zamówienia oraz wykazania doświadczenia tych podmiotów dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu,

4. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez m.in. brak przejrzystości uzasadnienia o wykluczeniu i oparcie uzasadnienia o zarzuty naruszenia postanowień dyrektywy z 2004 roku tj. 2004/18/WE, uchylonej przed wszczęciem niniejszego postępowania, co skutkowało oparciem rozstrzygnięcia na błędnych ustaleniach co do interpretacji przepisów prawa z powołaniem na wyroki, które zapadły na gruncie konkretnych spraw o innym stanie faktycznym do analizowanego w niniejszym postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego, polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny i badania oferty – z uwzględnieniem oferty Odwołującego – w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu złożonej przez Odwołującego – zgodnie z przepisami prawa oraz specyfikacją istotnych warunków zamówienia,
3. ewentualne unieważnienie innych czynności podjętych przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania, jeżeli mogą one mieć wpływ na wynik postępowania, a pozostają sprzeczne z żądaniami Odwołującego zawartymi w punkcie 1-2 powyżej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że Zamawiający, wskazując jako podstawę prawną swojego rozstrzygnięcia przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz na zastosowanie postępowania naprawczego opartego na przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, stwierdził, że powodem wykluczenia Odwołującego z postępowania jest brak wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Powyższemu przeczy przeprowadzone postępowanie, w ramach którego Zamawiający dokonał wezwania Odwołującego do przedłożenia prawidłowego dokumentu, a Odwołujący dokument uzupełnił (wykaz robót). W treści rozstrzygnięcia Zamawiający nie postawił Odwołującemu zarzutu, że uzupełniony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz to, że jego złożenie stanowiło niedopuszczalną modyfikację oferty pierwotnie złożonej. Zamawiający uzasadnił to rozstrzygnięcie powołaniem się na orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, stanowiące orzeczenia prejudycjalne, interpretując na ich podstawie polskie przepisy prawa i zasady zamówień publicznych. Zamawiający nie dokonał własnej analizy orzeczeń, nie dokonał odniesienia ich podstaw do stanu faktycznego niniejszego postępowania, lecz bezkrytycznie przyjął ustalenia z tych orzeczeń za własne. Jedynym miejscem odniesienia do faktu, iż przedstawione orzeczenia oparte są o interpretację przepisów nieobowiązującej już dyrektywy jest wskazanie, że „pryncypia zostały powtórzone w identyczny sposób w obecnej dyrektywie klasycznej”. Takiemu przyjęciu przeczy jednak to, że Trybunał odpowiedział w sprawie C-324/14, wskazując wyraźnie w odpowiedzi na pytanie 10., że nie jest możliwa interpretacja postanowień starej dyrektywy klasycznej przez pryzmat nowej dyrektywy, która doprecyzowała i zmieniła w sposób istotny to, co było wcześniej niedookreślone w tym przedmiocie. Zamawiający więc, przyjmując bezkrytycznie również wykładnię dokonaną w treści wyroku z 4 maja 2017 wydanego w sprawie o sygnaturze C-387/14, dokonał interpretacji niezgodnej z obecnymi przepisami i wykładnią, której można dokonać na tle obowiązującej dyrektywy.

Krajowa Izba Odwoławcza przed nowelizacją przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wskazywała wyraźnie, że doświadczenie w robotach budowlanych może być udostępnione jako potencjał do oceny ofert tylko w sytuacji faktycznego podwykonawstwa części zamówienia, której potencjał dotyczy. Nie było również kwestionowane, że Zamawiający ma prawo wyłącznie do jednokrotnego wezwania w trybie przepisów art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w ramach którego zarówno wykonawca, który dokumentów nie złożył w ogóle, jak i ten wykonawca, który złożył wadliwe dokumenty, mogli przedstawić nowe dokumenty i poświadczenia, wykazujące spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Obecna treść przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych obliguje Zamawiającego do dokonania postępowania naprawczego w zakresie wskazanym w przepisie. Taką sytuację należy odróżnić od zmiany treści oferty pod względem jej przedmiotu. Nie dochodzi bowiem do zmiany oferowanego świadczenia, a co najwyżej do zmiany narzędzi, którymi wykonawca odpowiadający za całość przedmiotu zamówienia to realizuje. Wykładnia, której dokonuje Zamawiający, nie została odniesiona do stanu faktycznego zastanego w niniejszym postępowaniu. Nie uwzględnia faktu, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów tj. przepisu art. 36b ust. 2 możliwa jest nawet zmiana sposobu wykonania zamówienia poprzez zamianę podwykonawcy, którego zasób został wykorzystany dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a w treści samej specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający (pkt. 3.7 i 3.8) wprost wskazał, że nie narzuca ograniczeń co do osobistego świadczenia w postępowaniu przedmiotu umowy i dopuszcza zmiany podwykonawców również w zakresie, w jakim ich potencjał został wykorzystany przy składaniu oferty. Zmiana podwykonawcy na gruncie przedmiotowego postępowania jest więc możliwa zawsze – i to zarówno po rozpoczęciu prac, jaki i przed tym zdarzeniem. Zastosowana więc wykładnia nie może prowadzić do sytuacji, w której wykluczeniu podlega wykonawca za przyczyną zmiany podwykonawcy, uzupełnienia doświadczenia na etapie badania oferty, zaś zmiany tego rodzaju są dopuszczone bez ograniczeń na etapie wykonania umowy. Zwrócić należy uwagę na odmienny stan faktyczny analizowany przez Trybunał, gdzie analizie poddano osobiste zastrzeżenia świadczenia i podzielność przedmiotu oferowanego świadczenia. W analizowanym przypadku postępowania nie ma żadnych wprowadzonych ograniczeń, zaś wykluczenie nastąpiło po stwierdzeniu, że przedstawione w referencjach roboty budowlane nie spełniają postawionych warunków. W sprawie dziwi zatem fakt, że w tych okolicznościach, uwzględniając wykładnię dokonywaną przez Zamawiającego, doszło do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie doszło jednak do analizy powołanych przepisów, a zwłaszcza do analizy przedłożonych dokumentów. Z uzupełnienia wynika bowiem jednoznacznie, że podmiot trzeci będzie realnie

świadczył jako podwykonawca roboty budowlane, co również czyni to zobowiązanie realnym w zakresie, na który wskazywał Trybunał.

Dokonana przez Zamawiającego wykładania nie uwzględnia możliwości zastosowania procedur naprawczych określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz uregulowań zawartych w przywołanych przepisach art. 22a ust. 1 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brak przejrzystości zastosowanej procedury i jej odniesienia do stanu faktycznego sprawy – poprzez nieuwzględnienie treści przepisów polskiego prawa, postanowień dyrektywy, którą to prawo implementuje – pozbawia Odwołującego realnej szansy na wykonanie zamówienia, nie traktując Odwołującego jako podmiotu konkurencyjnego w myśl złożonej oferty z pozostałymi wykonawcami.

III Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, iż zgodnie z art. 192 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba może rozstrzygać tylko w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu. Żaden zarzut Odwołującego się nie potwierdził. Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i takiego wezwania dokonał pismem z 21 czerwca 2017 r. Zwraca uwagę na treść tego wezwania, w którym nie powoływał się na art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych mówiący o zmianie podmiotu trzeciego. Zatem wykonawca samowolnie wymienił podmiot trzeci, bez wezwania Zamawiającego, zatem uczynił to na własne ryzyko i konsekwencje takiego działania obciążają tego wykonawcę. Zwraca uwagę, iż Odwołujący nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazał na pkt 10.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stwierdził, iż Odwołujący nie złożył wymaganego dokumentu, jakim jest oświadczenie, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu w stosunku do nowo wskazanego podmiotu. Takie oświadczenie zostało złożone jedynie odnośnie firmy MADWED M. K.. Nawet więc gdyby Zamawiający dokonał oceny nowo złożonych dokumentów, to byłyby one niekompletne i Odwołujący i tak zostałby wykluczony na tej samej podstawie prawnej. Zatem zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych nie znajduje uzasadnienia. Zwraca też uwagę, iż Zamawiający nie jest uprawniony do ponownego wezwania Odwołującego do złożenia brakującego dokumentu, gdyż naruszałoby to zasadę równego traktowania.

Odwołujący w odwołaniu nie podnosił także zarzutów dotyczących sformułowania informacji o wykluczeniu go z postępowania.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 22 ust. 1 i ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.

Z kolei, zgodnie z dyspozycją art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych 1. wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. 2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia. 3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych. 4. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. 6. 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.

Zgodnie z punktem 8.1.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu mogli wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykażą, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali co najmniej 2 roboty budowlane, przedmiotem których były roboty polegające na budowie wodociągu z rur ciśnieniowych PE o średnicy min 400 mm i długości min. 2000 mb – w tym wykonanie metodą bezwykopową sieci wodociągowej metodą przewiertu sterowanego o średnicy min. 400 mm o długości min. 500 mb każda. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. warunek zostanie spełniony wyłącznie, jeżeli jeden z wykonawców spełni warunek samodzielnie.

W rozdziale 3. Zamawiający określił wymogi co do podwykonawstwa:

3.7. Zamawiający nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane. Wykonawca może powierzyć wykonywanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w swojej ofercie części zamówienia (zakresu), których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom.

3.8. Jeżeli zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy dotyczy podmiotu, na którego zasoby Wykonawca powołał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca jest obowiązany wykazać Zamawiającemu, że proponowany inny podwykonawca lub wykonawca samodzielnie spełnia je w stopniu nie mniejszym niż podwykonawca, na którego zasoby Zamawiający powoływał się w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia.

3.9. Powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcom nie zwalnia Wykonawcy z odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia.

3.10. Szczegółowe warunki dotyczące m.in. podwykonawstwa w realizacji zamówienia określono w projekcie umowy.

Po otrzymaniu oferty Odwołującego i dokumentów przedstawionych w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wykazu robót budowlanych wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu

składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju, wartości, daty, miejsca wykonania i podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane, z załączeniem dowodów określających czy te roboty budowlane zostały wykonane należycie, w szczególności informacji o tym, czy roboty zostały wykonane zgodnie z przepisami prawa budowlanego i prawidłowo ukończone, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego roboty budowlane były wykonane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty potwierdzające warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.1.2. ppkt a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że w okresie 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej 2 roboty budowlane, przedmiotem których były roboty polegające na budowie wodociągu z rur ciśnieniowych PE o średnicy min. 400 mm i długości min. 2000 mb – w tym wykonanie metodą bezwykopową sieci wodociągowej metodą przewiertu sterowanego o średnicy min. 400 mm o długości min. 500 mb każda.

Powodem wezwania była ocena Zamawiającego, zgodnie z którą złożone na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty, tj. wskazane roboty budowlane realizowane przez firmę MADWED M. K. pn. „Kontrakt 23B: Modernizacja (przebudowa magistrali wodociągowej w ramach projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków w Lublinie” wskazywały, że wykonawca nie spełnił warunku w części: budowa wodociągu z rur ciśnieniowych PE o średnicy min. 400 mm i długości min. 2000 mb – w tym wykonanie metodą bezwykopową sieci wodociągowej metodą przewiertu sterowanego o średnicy min. 400 mm o długości min. 500 mb. W liście referencyjnym z 30 marca 2015 r. ta okoliczność nie znajduje potwierdzenia, ponieważ wykonawca wykazał zakres prac obejmujący renowację magistrali DN800 metodą reliningu rurą DN 710x42,1 mm PE 100 SDR 17 PN 10 wraz ze zgrzaniem rur i wypełnieniem przestrzeni międzyrurowej pianobetonem. W związku z powyższym Zamawiający wezwał do złożenia „takiego wykazu robót budowlanych i dowodu, który potwierdzi, że wykonane przez Państwa roboty potwierdzają warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 8.1.2. a) SIWZ oraz ogłoszeniu o zamówieniu”.

Odwołujący, w ramach uzupełnienia dokumentów, przedłożył wykaz, w którym wskazał nowe roboty budowlane wykonane przez firmę „OMEGA” Zakład Sieci Wodno-Kanalizacyjnych I. J..

Zamawiający nie uznał powyższego uzupełnienia dokumentów za prawidłowe i wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień

publicznych, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia, uzasadniając swoją decyzję wykładnią dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości UE w ramach wyroku sygn. C-387/14 Esaprojekt.

Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, co oznacza, że jest związana zakresem odwołania, z tym zastrzeżeniem, że nie rozpatruje odwołania (jak i pojedynczych zarzutów) w przypadkach określonych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie (albo *per analogiam* pojedynczy zarzut, którego sytuacja dotyczy), jeśli odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie (art. 189 ust. 2 pkt 3). Terminy na wniesienie odwołania zostały wskazane w art. 182 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten wskazuje m.in. że na czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przysługuje mu termin 5-dniowy od dnia otrzymania tego wezwania (art. 182 ust. 1 pkt 2), zatem, skoro wezwanie nastąpiło 21 czerwca 2017 r., termin ten upłynął 26 czerwca 2017 r. Tym samym ewentualny zarzut w stosunku do samego wezwania, podniesiony w odwołaniu z 5 lipca 2017 r., jest spóźniony i nie może być rozpatrzony.

W związku z regulacją art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie rozpatrywała również innych kwestii nie podnoszonych w zarzutach, m.in. regulacji art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Izba nie odnosiła się również do innych okoliczności nie wskazanych przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, jak: 1) kwestia możliwości zmiany w złożonej ofercie wskazanego podwykonawcy (kwestia, którą podnosił Przystępujący); 2) realność udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego dla spełnienia głównego warunku doświadczenia, jako koniecznego podwykonawcy, przy założeniu kilkuprocentowego udziału tego podmiotu w zamawianych robotach (art. 22a ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku ze wskazaniem TSUE w wyrokach C-423/14 Partner D. A. i C-387/14 Esaprojekt o zapewnieniu realnego, a nie jedynie formalnego powołania się na zasoby innego podmiotu; 3) możliwość powołania w ramach uzupełnienia nowych realizacji (wyrok C-387/14, odpowiedź na pytania 1-3); 4) możliwość powołania się na doświadczenie dwóch różnych podmiotów przy spełnieniu postawionego warunku dotyczącego łącznie dwóch robót, zwłaszcza przy zastrzeżeniu zawartym w punkcie 8.12 *in fine* „W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ww. warunek zostanie spełniony wyłącznie, jeżeli jeden z wykonawców spełni warunek samodzielnie” *per analogiam* do zasobów podmiotów trzecich na zasadzie równego traktowania wykonawców).

W odniesieniu natomiast do samej kwestii możliwości zmiany podmiotu, na którego zasoby wykonawca powołał się składając ofertę (ewentualnie – jeśli oferta w ogóle nie zawierała danych w tym zakresie, a powołanie się nastąpiło w dokumentach przedstawianych w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych – w tym momencie), to kwestię tę rzeczywiście rozstrzyga powołany przez Zamawiającego wyrok TSUE sygn. C-387/14.

Jak podkreślał Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji, w wyroku tym Trybunał wskazał, że artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE 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.

Trybunał wyjaśnił w ww. wyroku, że ww. art. 51 dyrektywy stanowi, że: „instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45–50 lub o ich wyjaśnienie”. Instytucje zamawiające powinny zapewnić równe traktowanie wykonawców w sposób niedyskryminacyjny i przejrzysty (wyrok A. C-324/14), czyli aby wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, a oferty wszystkich oferentów były poddane tym samym warunkom, zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej; obowiązek, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia; stoją na przeszkodzie negocjacom między instytucją zamawiającą a oferentem. Co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta; instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Jednocześnie art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki; jednak instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty. Instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej

korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano. W stanie faktycznym sprawy rozpatrywanej przez Trybunał wykonawca, podobnie jak w sprawie niniejszej, przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu składania ofert dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie – wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia – takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa Trybunału i stanowią istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty. Takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18. Gdyby więc instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz obowiązek przejrzystości;

W powyższym wyroku Trybunał co prawda odnosił się do przepisów dyrektywy z 2004 r., jednak przede wszystkim rozpatrywał je pod kątem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości, a więc zasad, które są obecne również w ustawie Prawo zamówień publicznych oraz w dyrektywach z roku 2014 – przy czym nie ma podstaw do założenia, że rozumienie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania pomiędzy tymi dyrektywami uległo zmianie. Co prawda pojawił się przepis art. 63 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE i analogiczny przepis art. 79 ust. 1 akapit 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE, zgodnie z którym instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia, na które powołał się podmiot zamawiający. Podmiot zamawiający może wymagać lub może zostać zobowiązany przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia, na które powołał się podmiot zamawiający.

Jednak przepis ten (co do którego *notabene* istnieją wątpliwości co do zgodności z przywołanymi zasadami) należy traktować jako wyjątek, którego nie można rozszerzać. Poza tym, zarówno w ww. dyrektywach, jak i ustawie Prawo zamówień publicznych procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3) i procedura wskazana w art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, są odmiennymi czynnościami zamawiającego o odmiennych skutkach, które nie mogą być sobą zastępowane, ponieważ wprowadzałyby to brak przejrzystości postępowania i możliwość wielokrotnego przedstawiania nowych dokumentów.

Co do możliwości posłużenia się potencjałem podmiotu udostępniającego swoje zasoby, o którym mowa w art. 22a ustawy Prawo zamówień publicznych – to oczywiście takie uprawnienie wykonawcy posiadają. Należy jednak zwrócić uwagę, że – w kontekście obowiązujących przepisów dyrektyw, ustawy Prawo zamówień publicznych oraz orzecznictwa TSUE – uprawnienie to jest ograniczone pewnymi warunkami (wskazanymi m.in. w art. 22a ust. 2-4 ustawy Prawo zamówień publicznych), jak i w czasie, tj. w chwili składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, ewentualnie, jeśli nie było obowiązku takiego wskazania w ofercie lub wniosku – w chwili przedstawiania dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Jeżeli wykonawca nie uczyni tego w tym momencie, uprawnienie to wygasa, zastąpione przez zakaz zmiany oferty.

W odniesieniu do sposobu zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych należy też zwrócić uwagę na regulację art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE i analogicznego art. 74 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE oraz wyrok TSUE sygn. C-131/16.

Wskazane przepisy dyrektyw stanowią, że „jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, podmioty 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”. Należy tu zauważyć, że ustawodawca unijny – choć zasady te zostały już wyrażone we wcześniejszych przepisach i dotyczą wszystkich czynności zamawiającego bez wyjątku – w sposób wyjątkowy podkreślił tu obowiązek działania zamawiającego „przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości”.

Podobnie w odpowiedzi na pytanie 1. w wyroku sygn. C-131/16 Archus Trybunał, powtarzając swoje stanowisko wyrażane we wcześniejszych orzeczeniach, wskazał, że

„zasadę równego traktowania wykonawców zapisaną w art. 10 dyrektywy 2004/17/WE (...) należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie temu, by w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego instytucja zamawiająca wezwała oferenta do dostarczenia oświadczeń lub dokumentów, których przedstawienia wymagała specyfikacja istotnych warunków zamówienia, a których nie dostarczono w terminie składania ofert. Artykuł ten nie stoi natomiast na przeszkodzie temu, by instytucja zamawiająca wezwała oferenta do wyjaśnienia oferty lub sprostowania oczywistej omyłki w tej ofercie, pod warunkiem jednak, że takie wezwanie zostanie skierowane do wszystkich oferentów znajdujących się w tej samej sytuacji, że wszyscy oferenci będą traktowani równo i lojalnie i że tego wyjaśnienia lub sprostowania nie będzie można zrównać z przedstawieniem nowej oferty, co powinien sprawdzić sąd odsyłający”. Wyrok ten *notabene* dotyczył zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w kontekście wezwania do uzupełnienia dokumentów jako na obowiązku, jaki spoczywa na zamawiającym. Ze stanowiska Trybunału wynika, że niezależnie od istnienia owego obowiązku, w konkretnych sprawach zamawiający nie może poprzez konsekwencje swojego wezwania, jakim jest przedstawienie danych dokumentów, naruszać zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym może zdarzyć się, że wezwanie pozostanie „puste”, tzn. zamawiający nie będzie mógł wziąć pod uwagę uzupełnionych dokumentów. Nie może jednak z góry zakładać, że dokumenty ma pewno zostaną uzupełnione w sposób nieprawidłowy i zaniechać wezwania. Również Odwołujący w niniejszym postępowaniu mógł dokonać uzupełnienia w sposób zupełnie inny niż go dokonał.

Należy też podkreślić, że ze stanowiskiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażanym w wydawanych orzeczeniach można się zgadzać lub nie, orzeczenia te nie są też wiążące, lecz stanowią one obowiązującą w Unii Europejskiej interpretację przepisów prawa unijnego i nie mogą być pomijane przez zamawiających, jak też organy stosujące prawo, zwłaszcza w przypadku, gdy dane zamówienie jest współfinansowane ze środków unijnych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący: