

Sygn. akt: KIO 65/17

WYROK

z dnia 26 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Sylwia Jankowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 stycznia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) PKF Consult Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, (2) PKF Littlejohn LLP z siedzibą w Londynie, Wlk. Brytania, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) PKF Consult Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, (2) PKF Littlejohn LLP z siedzibą w Londynie, Wlk. Brytania, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: (1) PKF Consult Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, (2) PKF Littlejohn LLP z siedzibą w Londynie, Wlk. Brytania, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 w Warszawie.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający, PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. z siedzibą w Warszawie, prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego p.n. „Wybór biegłego rewidenta do przeprowadzenia badania jednostkowych oraz skonsolidowanych sprawozdań”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz. Urz. UE Nr 2016/S 192-346813 z 5 października 2016 r.

W dniu 28.12.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W dniu 09.01.2017 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: (1) PKF Consult Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Warszawie, (2) PKF Littlejohn LLP z siedzibą w Londynie, Wlk. Brytania wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem ich wykluczenia z postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i niesłuszne wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, mimo że nie zostały spełnione przesłanki wykluczenia, a Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w Postępowaniu;
2. art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a, b, c Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez jego niezasadne zastosowanie i niesłuszne wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, w sytuacji gdy Odwołujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania;
3. art. 57 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie zaproszenia Wykonawcy do złożenia oferty, mimo iż Wykonawca spełnia warunki

udziału w Postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu, a tym samym Wykonawca powinien zostać zaproszony do składania ofert wstępnych;

4. art. 26 ust. 2f w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z 25 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne wezwanie Wykonawcy do złożenia dokumentów, których Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu, a tym samym nie był uprawniony do ich żądania od Odwołującego bądź też nie mogło takie wezwanie sanować wcześniejszych nieprawidłowych czynności Zamawiającego;
5. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp art. 7 ust. 1 Pzp poprzez niezasadne wezwanie Wykonawcy do złożenia dokumentów, których Zamawiający nie żądał w ogłoszeniu o zamówieniu, a tym samym nie był uprawniony do ich żądania od Odwołującego bądź też nie mogło takie wezwanie sanować wcześniejszych nieprawidłowych czynności Zamawiającego;
6. art. 23 ust. 5 Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i bezpodstawne stwierdzenie, że każdy z członków konsorcjum zobowiązany jest do wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadanych kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, w sytuacji gdy Zamawiający nie określił dla wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia szczególnego sposobu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania;
2. zaproszenia Odwołującego do złożenia oferty.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:

„[...]”

I. Stan faktyczny

Zamawiający prowadzi w trybie negocjacji z ogłoszeniem postępowanie powyżej progów unijnych, którego przedmiotem jest „Wybór biegłego rewidenta do przeprowadzenia badania jednostkowych oraz skonsolidowanych sprawozdań

finansowych w wybranych spółkach Grupy Kapitałowej PGE Polska Grupa Energetyczna S.A. („GK PGE”) za lata 2017-2019”.

Przepisy Pzp nakładają na zamawiających określone obowiązki związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności związane z publikacją ogłoszenia o zamówieniu, które rozpoczyna procedurę ubiegania się o udzielenie zamówienia przez wykonawców.

Zamawiający na swojej stronie internetowej opublikował dwa ogłoszenia: ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej jako Ogłoszenie) oraz ogłoszenie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej jako Ogłoszenie Unijne).

Dowód:

1. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (znajdujące się w aktach postępowania);
2. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (znajdujące się w aktach postępowania).

Wykonawca po wszczęciu postępowania zapoznał się z treścią Ogłoszenia i na jego podstawie podjął decyzję o wzięciu udziału w Postępowaniu.

W pkt III Ogłoszenia - Warunki udziału w postępowaniu Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące sytuacji podmiotowej wykonawców, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego. W treści Ogłoszenia nie zostało określone, aby w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia warunki udziału w postępowaniu każdy z podmiotów będzie musiał spełniać oddzielnie. Tym samym należy uznać, że wystarczy, aby konsorcjum spełniało je łącznie.

Nadto w Ogłoszeniu Zamawiający określił jakie dokumenty zobowiązani będą złożyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia. De facto, z treści Ogłoszenia wynika, że Zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli jedynie dokumenty potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie kwalifikacji technicznych i zawodowych.

Dowód:

1. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (znajdujące się w aktach postępowania);

Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2f Pzp wezwał Wykonawcę pismem z dnia 23 listopada 2016 roku nr DZ/458/2016 do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, przy czym w wezwaniu wskazał, iż w przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie niniejszego zamówienia przez dwóch lub więcej wykonawców wskazane przez Zamawiającego dokumenty należy dołączyć dla każdego z nich. Podkreślenia wymaga, iż takie zastrzeżenie nie zostało zawarte w Ogłoszeniu.

Wykonawca przedłożył Zamawiającemu dokumenty, w których był posiadaniu oraz stosowne wyjaśnienia, jednakże z uwagi na brak wskazania wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w Ogłoszeniu nie był do tego zobowiązany. W odpowiedzi na wezwanie Wykonawca wskazał, że w Ogłoszeniu Zamawiający nie określił, aby każdy z członków konsorcjum był zobowiązany do wpisania na listę biegłych rewidentów. Zatem zgodnie z art. 23 ust. 3 Pzp wystarczające jest dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, aby konsorcjum wykazało, że łącznie spełnia warunki udziału.

Dowód:

1. Pismo Zamawiającego z dnia 23 listopada 2016 roku nr DZ/458/2016 (znajdujące się w aktach postępowania);
2. Odpowiedź Odwołującego z dnia 25 listopada 2016 roku (znajdujące się w aktach postępowania);

Po otrzymaniu wyjaśnień i przedłożeniu dokumentów, Zamawiający po raz kolejny pismem z dnia 14 grudnia 2016 roku nr DZ/489/2016 wezwał Wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez złożenie:

- 1) Zaświadczenia Krajowej Rady Biegłych Rewidentów o wpisie PFK Littlejohn LLP na listę podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych, na okoliczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu - posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej tj. potwierdzenia, że członek konsorcjum PFK Littlejohn LLP jest uprawniony do przeprowadzania badania sprawozdań finansowych, zgodnie z art. 47 ustawy z dnia 07 maja 2009 roku o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym;

2) Informacji z odpowiedniego rejestru wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju (Disclosure Scotland), w którym wykonawca - PFK Littlejohn LLP ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 ustawy Pzp - wystawionej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania Wniosków.

Odwołujący w odpowiedzi wyjaśnił, iż przedmiotowe wezwanie jest bezzasadne, gdyż skorzystanie z procedury określonej art. 26 ust. 3 Pzp możliwe jest wyłącznie wtedy, gdy w Ogłoszeniu Zamawiający określił jakich dokumentów będzie żądać od Wykonawcy.

Dowód:

1. Pismo Zamawiającego z dnia 14 grudnia 2016 roku nr DZ/489/2016 (znajdujące się w aktach postępowania);
2. Odpowiedź Wykonawcy z dnia 16 grudnia 2016 roku (znajdujące się w aktach postępowania);

W konsekwencji nieprzedłożenia przez Wykonawcę dokumentów, których żądał Zamawiający, mimo braku ich uwzględnienia w Ogłoszeniu, Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 1 pkt. 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 a, b, c Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu podstaw wykluczenia Wykonawcy wskazał, że Ogłoszenie było jedynie skierowane do Rady Nadzorczej celem akceptacji i nie stanowiło podstawy do prowadzenia Postępowania. Jednakże Zamawiający w żadnym miejscu Ogłoszenia nie określił, że jest to wyłącznie dokument stworzony dla potrzeb wewnętrznych Zamawiającego. Powyższe oznacza, że Wykonawca mógł opierać się na treści tegoż dokumentu.

Dowód:

1. Informacja o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z dnia 28 grudnia 2016 roku, nr Dz/451/2016 (znajdujące się w aktach postępowania);
2. Ogłoszenie o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (znajdujące się w aktach postępowania);

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania wskazując, że Odwołujący nie przedstawił zaświadczenia Krajowej Rady Biegłych Rewidentów potwierdzających wpis członka Konsorcjum - PKF Littlejohn LLP na listę podmiotów uprawnionych do

badania sprawozdań finansowych, powołując się na obowiązek przedstawienia tychże dokumentów przez każdego z członków Konsorcjum zawarty w treści Ogłoszenia Unijnego oraz wezwania z dnia 23 listopada 2016 roku.

Zgodnie z treścią Ogłoszenia, wykonawcy zobowiązani byli do wykazania spełnienia następujących warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej:

3, spełniają warunki określone w art. 22 ust 1-3 ustawy Pzp, dotyczące:

a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów tj.:

i. są uprawnieni do przeprowadzania badania sprawozdań finansowych, zgodnie z art. 47 Ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym (Dz. U z 2Q09r. Nr 17, poz, 649 ze zm.);

ii. spełniają warunek do wyrażenia bezstronnej i niezależnej opinii w zakresie określonym w art 56 w zw. z art. 47 Ustawy z dnia 7 maja 2009r. r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie# podmiotach Uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym (Dz. U z 2G09r. Nr 77, poz, 649 ze zm.; oraz

lii. oddelegują do realizacji zamówienia biegłych rewidentów spełniających warunki do wyrażenia bezstronnej i niezależnej opinii w zakresie określonym w art 56 Ustawy z dnia 7 maja 2009r. r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz nadzorze publicznym; iv. spełniają warunek w zakresie określonym Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) NR 537/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie szczegółowych wymogów dotyczących ustawowych badań sprawozdań finansowych Jednostek interesu publicznego, uchylające decyzją Komisji 2005/909/WE, Dz.U.UE.L.2014.158;77,2014-06- 16 sprost. Dz.U. UE.L2014.170.66, tj. braku zaangażowania w badanie PGE Polska Grupa Energetyczna SA przez, okres dłuższy niż 10 (dziesięć) lat. Przez okres 10 (dziesięć) lat Organizator postępowania rozumie okres świadczenia nieprzerwanie usług audytorskich przez Wykonawcę wliczając w to również okres umowy, która zostanie zawarta na podstawie rozstrzygnięcia niniejszego postępowania przetargowego.

Należy wskazać, że Zamawiający w Ogłoszeniu nie zawarł obowiązku, aby każdy z członków konsorcjum zobowiązany był do spełnienia powyższych warunków udziału w Postępowaniu, Nie został także postawiony wymóg, aby każdy z członków konsorcjum złożył dokumenty potwierdzające spełnianie powyższych warunków udziału w Postępowaniu. Zatem Wykonawca uznał, iż w celu wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej wystarczy, aby tylko jeden z członków Konsorcjum posiadał wyżej wskazane uprawnienia. Podkreślić należy, że jeżeli wykonawca samodzielnie nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, na zasadzie przepisu art. 23 Pzp, może ubiegać się o udzielenie zamówienia w konsorcjum, w ten sposób, że wystarczy aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia spełniali warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 marca 2009 r. KIO/UZP 198/09 „jak słusznie podkreśla się zarówno w doktrynie i orzecznictwie, dla wykonania danego zamówienia wystarczające jest posiadanie uprawnień przez jednego z konsorcjantów i żądanie od każdego z nich spełniania wymogów adekwatnych do statusu drugiego nie byłoby racjonalne i przeczyłoby idei wynikającej z przepisu art. 23 PZP, stanowiącej o możliwości wspólnego ubiegania się wykonawców o zamówienie publiczne, a także byłoby niezgodne z wymogami obrotu gospodarczego”.

Zamawiający nie wskazał bezpośrednio w Ogłoszeniu, że wymagania odnośnie warunków udziału w postępowaniu wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą spełnić i wykazać oddzielnie. W opinii Izby wyrażonej w wyroku z dnia 05 kwietnia 2013 roku, KIO 668/13 „wystarczającym jest, gdy jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia będzie wykonywał działalność wymagającą zezwolenia albo licencji, legitymuje się odpowiednimi uprawnieniami, aby uznać, że całe konsorcjum spełnia powyższy warunek i nie podlega wykluczeniu, nawet w sytuacji, gdy inni członkowie konsorcjum stosownych uprawnień nie posiadają. Przyjęcie odmiennego wniosku przeczyłoby istocie konsorcjum, które z reguły zawiązywane jest w celu połączenia potencjałów celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.”

Mając na uwadze powyższe oraz fakt, że Zamawiający w Ogłoszeniu nie zamieścił informacji, iż wymaga aby każdy z członków Konsorcjum spełniał warunek udziału w

postępowaniu dotyczący posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Zamawiający w sposób nieuzasadniony wykluczył Wykonawcę z Postępowania ze względu na rzekomy fakt niewykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu, w sytuacji gdy Odwołujący spełnienie tego warunku wykazał.

III. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 14 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. a, b, c Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp

Kolejny zarzut dotyczy błędnego przyjęcia, że Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania, z uwagi na nieprzedłożenie dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt. 14 Pzp.

Jak już wskazano powyżej Zamawiający w ogłoszeniu nie określił jakie dokumenty mają być złożone na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. W pkt. III Ogłoszenia dotyczącym wykluczenia z Postępowania w pkt 1 wskazał jedynie, że:

O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

1. nie podlegają wykluczeniu z postępowania na podstawie art 24 ust. 1 pkt 12 - 23 Ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp) z wyłączeniem okoliczności, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp, oraz w przypadku, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, jeżeli osoba, o której mowa w tym przepisie została skazana za przestępstwo wymienione w art. 24 ust. 1 pkt 13 lit. d ustawy Pzp;

Wykonawca dopiero na skutek wezwania do złożenia dokumentów z dnia 23 listopada 2016 roku powziął informację o obowiązku przedłożenia dokumentów na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. W ramach dobrej współpracy Odwołujący przedłożył Zamawiającemu dokumenty dotyczące Lidera Konsorcjum - PKF Consult, gdyż podmiot ten był w posiadaniu tych dokumentów i nie było faktycznych przeciwskażeń, aby pomimo braku obowiązku wynikającego z Ogłoszenia, Odwołujący nie mógł tych dokumentów złożyć. Natomiast Członek Konsorcjum PFK Littlejohn LLP przedłożył oświadczenie o nieistnieniu podstaw wykluczenia w powyższym zakresie. W pozostałym zakresie ze względu na fakt, że Zamawiający tych dokumentów nie żądał w Ogłoszeniu, Odwołujący nie był zobowiązany do ich złożenia.

Odwołujący w oświadczeniach złożonych w formie Jednolitych Europejskich Dokumentach Zamówienia oświadczył, iż nie podlega wykluczeniu z Postępom'

W związku z brakiem określenia w Ogłoszeniu jakich dokumentów

Zamawiający w celu potwierdzenia tych okoliczności, mógł on weryfikować danego wykonawcę jedynie na podstawie złożonych informacji zawartych w oświadczeniu.

W związku z powyższym Zamawiający naruszył wyżej wskazane przepisy Pzp i wykluczył Wykonawcę z Postępowania, mimo iż nie posiadał do tego podstaw, bowiem Wykonawca w złożonych oświadczeniach wskazał, iż nie zachodzą wobec niego przesłanki do wykluczenia. Jednocześnie, Odwołujący nie był zobowiązany na podstawie informacji przedstawionych w Ogłoszeniu do złożenia jakichkolwiek dokumentów potwierdzających brak zaistnienia przesłanek do wykluczenia z Postępowania.

IV. Zarzut naruszenia art. 57 ust. 2 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 57 ust. 2 Pzp Zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający naruszył wskazany przepis bowiem nie zaprosił Odwołującego do składania ofert wstępnych z uwagi na błędne i nieuzasadnione przyjęcie, że Wykonawca podlega wykluczeniu z Postępowania.

Jak już wskazano powyżej, Zamawiający nie był uprawniony do wzywania Wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, zatem w przypadku ich nieprzedłożenia na wezwanie Zamawiającego nie mógł wyciągnąć negatywnych konsekwencji wobec Wykonawcy w postaci wykluczenia go z Postępowania.

Zamawiający jest obowiązany zaprosić do składania ofert wstępnych wykonawców spełniających warunki udziału w postępowaniu, w przypadku gdy tego nie dokona narusza art. 57 ust. 2 Pzp. Wykonawca złożył Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, w którym złożył stosowane oświadczenia dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia i na tej podstawie winien być oceniony, a w konsekwencji zaproszony do złożenia oferty wstępnej.

V. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 2f w zw. z art. 26 ust. 1 zw. z 25 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp Zamawiający, w przypadku przetargów powyżej progów unijnych, przed udzieleniem zamówienia jest obowiązany wezwać Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Natomiast

zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp: „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert”.

Art. 26 ust. 2f Pzp stanowi natomiast, że jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji - czyli dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

Z powyższego wynika, że wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie wykonawca będzie zobowiązany przedłożyć w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający musi określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ i tylko w stosunku do dokumentów i oświadczeń wykazanych w ten sposób możliwym jest wezwanie Wykonawcy do ich złożenia w normalnym toku postępowania, jak i w trybie art. 26 ust. 2f Pzp.

W przypadku trybu postępowania takiego jak negocjacje z ogłoszeniem, publikacja ogłoszenia o zamówieniu to etap, na którym Wykonawcy dowiadują się, jaki zakres oświadczeń i dokumentów będzie wymagany przez Zamawiającego w konkretnym postępowaniu.

Zamawiający w Ogłoszeniu sformułował więc warunki udziału w postępowaniu i wymagania dotyczące braku podstaw wykluczenia, co nie jest jednoznaczne z nałożeniem obowiązku złożenia dokumentów, które potwierdzałyby ich spełnianie. Zamawiający winien odrębnie opisać warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia, a odrębnie określić złożenia jakich dokumentów i oświadczeń żąda od wykonawców w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jak i wykazaniu braku podstaw do wykluczenia wykonawcy. Zamawiający nie określił w Ogłoszeniu konieczności złożenia przez Odwołującego dokumentu potwierdzającego

spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania kompetencji zawodowych lub uprawnień do prowadzenie określonej działalności zawodowej oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia Odwołującego z Postępowania. W konsekwencji wezwanie Zamawiającego z dnia 23 listopada 2016 roku było nieuzasadnione i niezgodnie z przepisami Pzp.

VI. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 1 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp

W dalszej kolejności poprzez wezwanie Wykonawcy, pismem z dnia 14 grudnia 2016 roku, do uzupełnienia Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu poprzez złożenie następujących dokumentów: 1) zaświadczenia Krajowej Rady Biegłych Rewidentów o wpisie członka Konsorcjum - PKF Littlejohn LLP na listę podmiotów uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz 2) informacji z odpowiedniego rejestru wydanej przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym członek Konsorcjum - PKF Littlejohn LLP ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13 i 14 Pzp, Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający ma prawo wezwać Wykonawcę do złożenia bądź uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jednakże zakres tego żądania ograniczony jest zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, wyłącznie do dokumentów uprzednio wskazanych przez zamawiającego w Ogłoszeniu.

Jak wskazano we wcześniejszej części odwołania określenie warunków udziału w postępowaniu czy wymagań w zakresie braku podstaw wykluczenia nie jest tożsame z obowiązkiem złożenia dokumentów potwierdzających te okoliczności. Zatem w związku z okolicznością, iż Zamawiający nie posiadał uprawnień do żądania złożenia tychże dokumentów, nie miał również uprawnień do żądania ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

[Podsumowanie]

Z dokumentów Postępowania wynika, że Zamawiający określił dwa różne katalogi dokumentów jakie wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w Postępowaniu. Inny katalog dokumentów znajduje się w Ogłoszeniu, a inny w Ogłoszeniu Unijnym. Odwołujący o tym fakcie dowiedział się dopiero na etapie poinformowania go przez Zamawiającego o wykluczeniu z Postępowania. Wówczas Wykonawca stwierdził, że Ogłoszenie oraz Ogłoszenie

Unijne nie są ze sobą tożsame pod kątem warunków udziału w postępowaniu oraz dokumentów jakie wykonawca zobowiązany jest złożyć.

Sprzeczności publikowanych przez Zamawiającego dokumentów nie musiały być przedmiotem weryfikacji potencjalnych wykonawców, którzy mogli działać w zaufaniu do publikowanych przez Zamawiającego informacji w poszczególnych dokumentach Postępowania. Wykonawcy zainteresowani udziałem w Postępowaniu mogli podejmować odmienne decyzje, co do dalszego w nim udziału, w zależności od tego, z którą wersją ogłoszenia się zapoznali. Zamawiający nie powinien wyciągać wobec Wykonawcy negatywnych konsekwencji w sytuacji, gdy wykonawcy mogli podejmować odmienne działania z uwagi na zastosowanie się do różnych dokumentów publikowanych przez Zamawiającego, a które de facto pozostają ze sobą w sprzeczności.

[...]"

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż według z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został

zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

W rozpatrywanym przypadku Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób i w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dz. Urz. UE – nie przedłożył dokumentów żądanych przez Zamawiającego wymienianych w uzasadnieniu odwołania, cytowanym powyżej. Nie przedłożył tych dokumentów również w odpowiedzi na kierowane do niego wezwania Zamawiającego, do ich uzupełnienia.

Tym samym zaszła ewidentna podstawa wykluczenia wykonawcy na podstawie powołanego wyżej przepisu.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego jakoby egzekwowane mogły być w tym przypadku jedynie postanowienia ogłoszenia o zamówieniu zatwierdzonego przez radę nadzorczą Zamawiającego, zamieszczonego również na stronie internetowej Zamawiającego, w którym m.in. nie wskazano ww. dokumentów. W pełni obowiązującym dokumentem przetargowym było w tym przypadku oficjalne ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE, które również zostało zamieszczone na stronie internetowej Zamawiającego, obok pliku z okrojonym ogłoszeniem zatwierdzonym przez radę nadzorczą. To na podstawie wszystkich dokumentów opublikowanych przez Zamawiającego wykonawcy winni przygotowywać swoje wnioski. I ewentualnie w przypadku wystąpienia sprzeczności pomiędzy tymi dokumentami, wykonawcy mogli i powinni wyjaśnić je z Zamawiającym. Przy czym w tym przypadku żadne sprzeczności pomiędzy ogłoszeniami nie wystąpiły – ogłoszenie okrojone nie zawierało po prostu wszystkich informacji na temat prowadzonej procedury, w tym na temat wymaganych do przedłożenia dokumentów.

Na marginesie Izba dodaje, iż Zamawiający, zarówno w interesie własnym, jak i całego rynku, powinien tak prowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia, aby minimalizować ryzyko powstania błędów po stronie wykonawców, np. nie zamieszczać na stronie internetowej dedykowanej prowadzonej procedurze, zbędnych plików o nieokreślonym charakterze.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

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