

Sygn. akt: KIO 2083/18

WYROK
z dnia 23 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierżędzki
Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 października 2018 r. przez wykonawcę **Ł. B., prowadzącego w Zabrze działalność gospodarczą pod nazwą Ł. B., Bemix Media**

w postępowaniu prowadzonym przez **Uniwersytet Śląski w Katowicach**

przy udziale wykonawcy **Shadok AV sp. z o.o. sp. k. w Zabrzu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy **Shadok AV sp. z o.o. sp. k. w Zabrzu** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wykonawcy **Shadok AV sp. z o.o. sp. k. w Zabrzu** z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt III 2. 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,
3. kosztami postępowania obciąża **Uniwersytet Śląski w Katowicach** w części $\frac{1}{2}$ oraz wykonawcę **Ł. B., prowadzącego w Zabrzu działalność gospodarczą pod nazwą Ł. B., Bemix Media** w części $\frac{1}{2}$:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Ł. B., prowadzącego w Zabrzu działalność gospodarczą pod nazwą Ł. B., Bemix Media** tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od **Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach** na rzecz wykonawcy **Ł. B., prowadzącego w Zabrzu działalność gospodarczą pod nazwą Ł. B., Bemix Media** kwotę **9.300 zł 00 gr** (słownie: dziewięciu tysięcy trzystu złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 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 **Katowicach**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 2083/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Uniwersytet Śląski w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „wyposażenie studia filmowo – telewizyjnego wraz z montażem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 lipca 2018 r., nr 2018/S 127-288997.

28 września 2018 r. zamawiający przesłał wykonawcy **Ł. B., prowadzącemu w Zabrzu działalność gospodarczą pod nazwą Ł. B., Bemix Media**, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę **Shadok AV sp. z o.o. sp. k. w Zabrzu**, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
 - 2) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
 - 3) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu
- odwołujący wniósł 8 października 2018 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie jego zastosowania w przedmiotowej sprawie, tj. zaniechanie wykluczenia przystępującego,
- 2) art. 22a ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie oceny, czy zdolności zawodowe udostępniane przystępującemu przez inne podmioty pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 22a ust. 6 ustawy Pzp przez przyjęcie, że norma ta daje przystępującemu prawo do samodzielnego i dowolnego zmieniania podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego mimo, że oferta ta pozostaje niezgodna z SIWZ,
- 5) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez przyjęcie takich wyjaśnień przystępującego w stosunku do treści złożonej oferty, które prowadziły do jej niedozwolonej zmiany,
- 6) zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez faworyzowanie przystępującego polegające m.in. na umożliwieniu mu wielokrotnego udzielania wyjaśnień, uzupełniania dokumentów oraz wyrażanie zgody na przedłużenie terminu do złożenia określonych dokumentów, tj. naruszeniu art. 7 ustawy Pzp,
- 7) z ostrożności - na wypadek, gdyby Izba przyjęła, iż zarzut wskazany w punkcie 1 powyżej jest przedwczesny - naruszenie art. 22a ust. 3 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie wezwania do wyjaśnienia, czy zasoby udostępniane w postępowaniu przystępującemu zostały mu realnie użyczone, co łącznie skutkowało zaniechaniem wykluczenia wykonawcy przystępującego i odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 2) wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.
- 3) odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp,

4) wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący, w uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22a ustawy Pzp, podniósł, że przystępujący winien zostać wykluczony, gdyż całokształt okoliczności postępowania potwierdza, że pisemne zobowiązanie podmiotu MovieTech AG jest dokumentem wyłącznie blankietowym, nie potwierdza realnej współpracy pomiędzy MovieTech AG, a przystępującym, ani również nie potwierdza, że wykonawca MovieTech AG posiada doświadczenie, które jest przedmiotem udostępnienia. Argumentował, że zamawiający przewidział w dokumentacji postępowania, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykaże, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie w sposób należyty i prawidłowo ukończył co najmniej dwie dostawy, polegające na wyposażeniu studia filmowego i/lub telewizyjnego obejmującego co najmniej systemy pantografów i/lub sztankiet oraz elementy sztucznego horyzontu o wartości minimum 450.000,00 zł brutto każda.

Zdaniem odwołującego przystępujący warunkowi tego samodzielnie nie spełniał. W związku z powyższym w toku postępowania powołał się na potencjał podmiotu trzeciego. Jednocześnie jednak w ofercie składał oświadczenie o samodzielnym spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, pomimo pouczenia w formularzu oferty. Wbrew twierdzeniom przystępującego, zawartym w wyjaśnieniu z 6 września 2018 roku, poleganie na zasobach podmiotu trzeciego nie jest w obecnym stanie prawnym zawsze dopuszczalne, oczywiście, przeciwnie - to wykonawca ma udowodnić zamawiającemu, że udostępnienie zasobów ma charakter rzeczywisty, a doświadczenie zdobyte przez podmiot udostępniający zasoby będzie mogło być wykorzystane przez wykonawcę w toku realizacji zamówienia. W przedmiotowej sytuacji realność polegania na zasobach podmiotu trzeciego w zakresie zdolności do wykonania zamówienia powinna budzić zasadnicze zastrzeżenia zamawiającego, z następujących powodów.

Po pierwsze, przystępujący oświadczył w ofercie (punkt 6), że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, a także (punkt 7 oferty), że w przedmiotowym postępowaniu nie będzie korzystał z pomocy podwykonawcy. Powyższe oświadczenia potwierdzają że zamawiający - nawet gdyby nie istniały wątpliwości co do samego faktu udostępnienia doświadczenia (które istnieją) - nie może automatycznie przyjąć w przedmiotowym postępowaniu, że przystępujący skutecznie skorzystał z możliwości odwołania się do potencjału podmiotu trzeciego. Oświadczenie zawarte w punkcie 6 oferty jest - w kontekście dalszych dokumentów składanych w postępowaniu - nieprawdziwe. Trudno również byłoby zakładać, że przystępujący nie zrozumiał treści oświadczenia zawartego w punkcie 6 oferty albo że nie przeczytał wyraźnego pouczenia, jakie wykonawca zawarł w formularzu oferty. Okoliczność, iż w dacie składania ofert wykonawca oświadcza, że warunki udziału w postępowaniu spełnia samodzielnie, należy w przedmiotowej sprawie interpretować w ten sposób, że w dacie składania ofert przystępujący nie ustalił z żadnym z podmiotów, tj. ani z ILT Italy s.r.l., ani z MovieTech AG, ani tym bardziej z podmiotem, które doświadczenie realnie posiada, tj. MTS Czech s.r.o. warunków polegania na doświadczeniu tych podmiotów. A to z kolei należy interpretować w kontekście obowiązku udowodnienia zamawiającemu realności udostępnienia zasobów, wskazanego w art. 22a ust. 2 Pzp w taki sposób, że w dacie składania ofert i później, przystępujący nie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do oświadczenia wskazanego w punkcie 7, deklaracja samodzielnego wykonania zamówienia, bez udziału podwykonawców również powinna być poddana ocenie w kontekście realności udostępnienia zasobów. Co prawda art. 22a ust. 4 ustawy Pzp nie wskazuje explicite na obowiązek wykonania zamówienia polegającego na dostawie przez podmiot trzeci udostępniający doświadczenie, jednak na przedmiot zamówienia w postępowaniu składa się nie tylko prosta dostawa. Przedmiotem zamówienia jest również usługa odpowiedniego doboru wyposażenia, przeszkolenie personelu, świadczenie usługi gwarancyjnej i serwisu posprzedażowego. Reasumując przedmiotem zamówienia jest szereg świadczeń, w tym dostawa samego sprzętu, a warunek w postaci doświadczenia określony został w sposób kompleksowy - zamawiający w dokumentacji zamówienia posługuje się określeniem „ukończenie studia filmowego i/lub telewizyjnego”. Zatem przedmiot zamówienia, chociaż zakwalifikowany jako dostawa, cechuje znaczny stopień złożoności, a w skład zamówienia wchodzi dodatkowe usługi. O realności udostępnienia zasobów, bez zapewnienia udziału podmiotu udostępniającego jako podwykonawcy nie może być mowy. Niestety zamawiający nie tylko zaniechał wykluczenia wykonawcy z uwagi na brak realności udostępnienia podmiotu trzeciego, ale nawet nie podjął jakiegokolwiek analizy w tym kierunku, w szczególności nie wezwał wykonawcy do złożenia wyjaśnień treści oferty w zakresie, w jakim zawiera ona oświadczenie o samodzielnym spełnianiu warunków przez wykonawcę oraz w zakresie zobowiązania do samodzielnego wykonania umowy.

Zdaniem odwołującego, po drugie o wykluczeniu wykonawcy z postępowania powinien przesądzać również blankietowy, niekompletny dokument zobowiązania, złożony w niewłaściwej formie (tj. niepoświadczony za zgodność z oryginałem przez podmiot, którego dokument dotyczy). Zobowiązanie do udostępnienia zasobów, które w swojej treści nie określa rodzaju zasobu, nie może być uznane za wystarczające. Stosownie do art. 22a ust. 2 Pzp wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Nie sposób uznać za prawidłowe działania zamawiającego polegające na tym, że za wystarczające uznaje on blankietowy druk, w który nie zostało wypełnione pole „określenie zasobu” i jednocześnie gdzie wykonawca zawiera w ofercie oświadczenie o samodzielnym spełnianiu warunków. Już na tym etapie bezzasadne było wezwanie do uzupełnienia dokumentów, gdyż zamawiający winien przyjąć, że przystępujący nie udowodnił mu, że będzie mógł korzystać z zasobów podmiotu trzeciego.

Zdaniem odwołującego, po trzecie, wbrew twierdzeniom przystępującego, sam fakt możliwości samodzielnego zastąpienia podmiotu, z którego potencjału korzystał zamierza wykonawca w dacie składania oferty na inny podmiot nie jest wcale tak oczywisty, a z całą pewnością składanie oświadczeń o zastąpieniu podmiotu trzeciego po upływie terminu składania ofert winno być poddane przez zamawiającego ocenie zgodnie z kryterium realności udostępnienia. Protokół postępowania nie zawiera żadnej informacji, która pozwalałaby stwierdzić, że zamawiający dokonał w tym zakresie jakiegokolwiek analizy prawnej. Według odwołującego twierdzenie o oczywistości możliwości zastąpienia potencjału trzeciego podmiotu wskazanego w ofercie, potencjałem jeszcze innego podmiotu stanowi nadużycie. Istotnie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp przyznaje zamawiającemu uprawnienie do żądania zastąpienia podmiotu trzeciego lub samodzielnego wykonania zamówienia, jeśli spełnione zostaną wskazane w tej normie przesłanki. Jest to sytuacja wyjątkowa, inicjowana przez zamawiającego. Z literalnego brzmienia tego przepisu w żadnej mierze nie wynika, że obejmuje on także uprawnienie do samodzielnego decydowania o zmianie podmiotu przez wykonawcę. Nie wynika to także z wykładni funkcjonalnej. Intencją ustawodawcy konsekwentnie realizowaną w ciągu ostatnich lat jest takie „uszczelnienie” przepisów o korzystaniu z zasobów podmiotu trzeciego, które pozwoli na ograniczenie sytuacji, w których korzystanie z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie doświadczenia ma charakter iluzoryczny, wykonawcy „kupują referencje” i w ślad za tymi dokumentami nie idzie żadne realne wsparcie. Dopuszczalnie możliwości powoływania się na tego rodzaju „wsparcie” podmiotu trzeciego stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji, gdyż zamawiający najpierw stawia

wykonawcom określone wymagania, których zapewne część podmiotów zainteresowanych zamówieniem nie spełnia, a następnie dokonuje wyboru oferty wykonawcy, który wcale nie posiada wymaganego doświadczenia.

Nie jest możliwe przyjęcie w stosunku do przystępującego, że w dacie składania ofert wykonawca ten przewidywał możliwość realizacji zamówienia przez MovieTech AG, gdyż co najwyżej można wywnioskować, że z treści oferty wynika, że przystępujący zakładał iż samodzielnie spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia (oświadczenie - pkt 6 oferty) i samodzielnie wykona przedmiot zamówienia (oświadczenie - pkt 7), a ewentualnie - w zakresie nieokreślonych zasobów - korzystał będzie z potencjału podmiotu trzeciego, tj. I.T.L Italy s.r.l.

Odwolujący podniósł, że w piśmie z 6 września 2018 r. przystępujący przekonywał zamawiającego, że jego działanie jest jak najbardziej uprawnione i dopuszczalne. Jednak powoływany dla uzasadnienia art. 22a ust. 6 Pzp przewiduje sytuację, w której to zamawiający - w przypadku powzięcia wątpliwości co do realności udostępnienia - żąda zastąpienia podmiotu wskazanego przez wykonawcę przez inny podmiot. A zatem implikuje założenie, że w dacie składania ofert wykonawca w sposób rzeczywisty dysponował zobowiązaniem konkretnego podmiotu trzeciego, uzgodnił z nim współpracę przy realizacji zamówienia, a zamawiający - na etapie oceny realności udostępnienia - oczekiwał zastąpienia podmiotu trzeciego przez inny podmiot. W przedmiotowym postępowaniu fakt samodzielnego zastąpienia podmiotu trzeciego przez inny podmiot zanim jeszcze zamawiający mógł zapoznać się z zobowiązaniem do udostępnienia zasobów nasuwa pytanie, czy przystępujący zasobami tymi w dacie składania oferty dysponował. Pytanie to aktualizuje się zwłaszcza w kontekście treści oświadczeń zawartych w pkt 6 i 7 oferty.

Zdaniem odwołującego po trzecie - pełnomocnictwo z 16 lipca 2018 r. nie obejmuje swoim zakresem umocowania pełnomocnika do złożenia zobowiązania do udostępnienia przystępującemu doświadczenia posiadanego przez MovieTech AG. Owszem pełnomocnictwo wskazuje na określone czynności dokonywane wobec Uniwersytetu Śląskiego i zawiera rozszerzenie „do dokonywania wszelkich czynności w postępowaniu”, jednak obejmuje ono czynności podejmowane przez MovieTech AG wobec Uniwersytetu Śląskiego, w toku postępowania. Pełnomocnik, p. F. K. miał umocowanie do tego, aby poświadczać dokumenty za zgodność z oryginałem, składać oświadczenia wiedzy, wymagane w postępowaniu, udzielać zamawiającemu wyjaśnień. Pełnomocnictwo to nie konstituuje natomiast żadnego uprawnienia do zaciągania zobowiązań, czy składania oświadczeń na rzecz przystępującego. W konsekwencji zobowiązanie do udostępnienia zasobów, złożone wraz z pismem z 6 września 2018 r. jest nieważne na podstawie art. 104 kodeksu cywilnego.

Według odwołującego, po czwarte nie sposób przyjąć za poprawną argumentację przystępującego polegającą na przyjęciu, że skoro doświadczenie wymagane w przedmiotowym postępowaniu przez zamawiającego posiada jedna ze spółek należących do grupy kapitałowej, w której skład wchodzi MovieTech AG, to dysponować tym doświadczeniem, w tym zapewniać o jego udostępnieniu podmiotom trzecim może każda inna spółka z grupy kapitałowej. Takie rozumowanie sprowadza instytucję korzystania z potencjału podmiotu trzeciego do absurdu.

Udostępnienie doświadczenia ma tutaj charakter kaskadowy, a takie udostępnienie jest niedopuszczalne w świetle utrwalonej linii orzeczniczej Krajowej Izby Odwoławczej. Co więcej sam dokument udostępnienia zasobów wydaje się dokumentem czysto blankietowym. Podmiot sporządzający ten dokument w żaden sposób nie wykazał, że istotnie brał udział w realizacji dostaw, które udostępnił. Ze specyfika grupy kapitałowej jest taka, że każda ze spółek zdobywa know-how w czasie realizacji zamówienia. W żaden sposób nie zostało wykazane, że niemiecka spółka akcyjna, która - jak wynika z dostępnych publicznie informacji - nie zatrudnia personelu technicznego, jej przedmiotem działalności jest wyłącznie sprzedaż, w jakikolwiek sposób partycypowała w wykonaniu dostaw wskazanych w wykazie usług. Okoliczność ta jest mało wiarygodna, zwłaszcza jeśli uwzględnić fakt, że powoływane dostawy realizowane były w innym państwie. Samo złożenie oświadczenia o posiadaniu 100% udziałów w spółce, która faktycznie wykonywała usługi nie może w żaden sposób merytorycznie uzasadniać przypuszczenia, że spółka-matka zdobyła doświadczenie konieczne w przedmiotowym postępowaniu. A nawet gdyby przyjąć, że taki wniosek był możliwy do wyciągnięcia, nie oznacza to wcale, że takie doświadczenie grupy kapitałowej każda ze spółek może udostępniać na zewnątrz. Przyjęcie takiej interpretacji jest absolutnym novum i prowadzi do podważenia instytucji zobowiązania do udostępnienia zasobów. Tym bardziej, że w dokumentach złożonych przez przystępującego nie znajduje się nawet uprawdopodobnienie okoliczności, jakoby Movie Tech AG realnie zdobyło doświadczenie w czasie realizacji zamówień przez spółkę MTS Media Technical System s.r.o. Według odwołującego zastanawia, że zamawiający nie zbadał realności udostępnienia, w szczególności nie zwrócił się o wyjaśnienie do podmiotu udostępniającego - MovieTech AG, ani też nie zweryfikował, czy MTS Media Technical System s.r.o. realizował wykazane dostawy we współpracy ze spółką matką.

Nie można pominąć także okoliczności, że dostawy wskazane w wykazie dostaw mają charakter częściowo prywatny, a zatem z pewnością objęte są klauzulami poufności i wobec braku woli współpracy po stronie MTS Media Technical System trudno założyć, że przystępujący będzie mógł korzystać z doświadczenia zdobytego przy realizacji tych umów.

Wbrew twierdzeniom przystępującego w przedmiotowym postępowaniu udostępnienie nie ma realnego charakteru. Spółka MovieTech AG nie prowadzi działalności zbieżnej do działalności MTS Media Technical System s.r.o. Nie ma żadnego własnego doświadczenia, ponieważ MovieTech AG jest spółką świadczącą usługi handlowe, sprzedażowe. Nie jest to więc sytuacja, w której cała grupa kapitałowa prowadzi tę samą aktywność, a do poszczególnych inwestycji/projektów powoływane są kolejne spółki celowe. W sytuacji MTS Media Technical System i MovieTech AG, role obu podmiotów są ściśle podzielone i każda ze spółek wykonuje inne zadania. Powyższe wskazuje na kaskadowe udostępnienie doświadczenia, które jest czysto iluzoryczne.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący wskazał, że podtrzymuje sygnalizowane już zastrzeżenia do treści oferty przystępującego, która pozostaje niezgodna z SIWZ. Urządzenie sterujące sztucznym horyzontem zaoferowane przez przystępującego jest niezgodne z wymogami zamawiającego, wskazanymi w SIWZ. Rodzaj sterownika zaoferowanego przez przystępującego skutkuje koniecznością zainstalowania trzech sterowników, co nie pozwoli na utrzymanie ww. sterowników w szafie rack. Opis przedmiotu zamówienia wyraźnie wskazywał, że zamawiający oczekuje 1 kontrolera (jednego urządzenia) o parametrach tak wysokich, aby zapewniał wszystkie funkcje, tj. umożliwiał sterowanie wszystkimi trasami. Także system mocowania do ściany zaoferowany przez przystępującego jest wadliwy i nie pozwala na osiągnięcie funkcji wskazanych w SIWZ.

Powyższe okoliczności były sygnalizowane zamawiającemu i zamawiający zwrócił się do przystępującego z wnioskiem o wyjaśnienie treści oferty. Złożone pisma wyjaśniające ograniczają się zdaniem odwołującego do polemiki z zapisami SIWZ, jednak w części merytorycznej potwierdzają zarzuty dotyczące braku możliwości bezpiecznej instalacji i wykorzystywania rozwiązania zaoferowanego przez przystępującego.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że zamawiający pobłażliwie podchodził do przystępującego w toku składania przez niego wyjaśnień i uzupełniania dokumentów. Zamawiający uchybił

zarówno zasadzie jednokrotności wezwania, jak również wielokrotnie bezkrytycznie przyjmował treść wyjaśnień, które należało ocenić jako mało wiarygodne. Zamawiający zgodził się także - pod koniec września 2018 roku - na przedłużenie terminu na uzyskanie zaświadczenia o niekaralności w sytuacji, gdy wykonawca powinien zaświadczeniem takim dysponować w dacie udostępniania mu zasobów przez podmiot trzeci, tj. - jak wynika z przedłożonych w toku postępowania dokumentów - w lipcu 2018 roku. Przejawem równego traktowania wykonawców w postępowaniu jest również unikanie faworyzowania wykonawcy, który w najlepszym razie z braku staranności nie złożył rzetelnej i poprawnej oferty lub nie jest w stanie sprawnie jej uzupełnić lub wyjaśnić. W przedmiotowym postępowaniu tak „wrozumiała” postawa wobec przystępującego jest niezrozumiała również w kontekście natychmiastowego unieważnienia poprzedniego postępowania na dostawę studia, w którym oferta z najniższą ceną złożona została przez odwołującego. Odwołujący rozumie, że ustawa Pzp staje się coraz bardziej elastyczna i daje wykonawcom szansę na poprawienie swoich ewentualnych pomyłek, jednak w przedmiotowym postępowaniu wielokrotność wezwań i łagodna ocena uchyleń wykonawcy prowadzić może do wniosku, że przystępujący był zwyczajnie faworyzowany w toku postępowania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawcy Shadok AV sp. z o.o. sp. k. w Zabrze. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, ofertę przystępującego, wezwania zamawiającego kierowane do przystępującego w toku postępowania, odpowiedzi przystępującego na ww. wezwania wraz z załącznikami, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, pismo procesowe przystępującego wraz z załącznikami, pismo procesowe odwołującego wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę Shadok AV sp. z o.o. sp. k. w Zabrze uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, który złożył tę ofertę, względnie odrzucenia oferty wybranej. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, względnie zaniechał czynności odrzucenia tej oferty, skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania zaniechanych czynności, czego efektem może być uzyskanie zamówienia przez odwołującego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że zamawiający w rozdziale III ust. 2 pkt 1) SIWZ zastrzegł, że *udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który wykaże, iż w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie: wykonał w sposób należyty i prawidłowo ukończył co najmniej dwie (2) dostawy, polegające na wyposażeniu studia filmowego i/lub telewizyjnego obejmującego co najmniej systemy pantografów i/lub sztankiet oraz elementy sztucznego horyzontu o wartości minimum 450 000,00 zł brutto każda.*

W tym samym postanowieniu SIWZ zamawiający wskazał także, że *žadokona oceny spełniania powyższego warunku w oparciu o:*

- *ogólne oświadczenie, o którym mowa w rozdz. IV ust. 1 pkt 1 SIWZ, składane w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (zwanego dalej „JEDZ”); Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawca ograniczył się jedynie do wypełniania sekcji alfa części IV formularza JEDZ, co pozwala Wykonawcy na niewypełnianie dalszych pól odnoszących się do szczegółowych warunków udziału w postępowaniu w części IV JEDZ, w odniesieniu do wymagań określonych przez Zamawiającego. W związku z tym, Zamawiający wymaga złożenia ogólnego oświadczenia, o którym mowa w sekcji alfa części IV formularza JEDZ.*

oraz

- *wykaz głównych dostaw, o którym mowa w rozdz. IV ust. 4 pkt 1) SIWZ (dotyczy jedynie Wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona).*

Ustalono także, że w rozdziale III ust. 2 pkt 2) SIWZ wskazano, że *wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do zamówienia lub jego części, polegać na zasobach (zdolnościach technicznych lub zawodowych) innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych;*

a) *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;*

b) *Zamawiający oceni czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w ust. 2 pkt 1 lit. a) i b) oraz zbada czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt 1 i 2 ustawy Pzp;*

c) *jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, o których mowa w niniejszym punkcie nie potwierdzą spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub znajdą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający zażąda, aby Wykonawca w wyznaczonym terminie zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub innymi podmiotami, lub aby zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże odpowiednie zdolności, o których mowa w lit. a).*

d) *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.

Ustalono także, że w rozdziale IV ust. 1 pkt 2) SIWZ zamawiający wskazał, że Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy Pzp, przedstawia w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w rozdziale IV ust. 3 pkt 1) i 3) SIWZ.

W rozdziale IV ust. 1 pkt 3) SIWZ wskazano, że Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów.

W rozdziale IV ust. 1 pkt 4) SIWZ zastrzeżono, że 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. Przykładowy wzór zobowiązania stanowi załącznik nr 1C do SIWZ. W przypadku korzystania z potencjału innych podmiotów w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Wykonawca powinien przedłożyć stosowne zobowiązanie tegoż podmiotu lub inny dowód na udostępnienie potencjału wraz z ofertą w formie oryginału.

Ustalono ponadto, że w rozdziale IV ust. 3 SIWZ zamawiający zamieści Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp - brak podstaw do wykluczenia (składane na wezwanie Zamawiającego z zastrzeżeniem pkt 2).

W dalszej kolejności ustalono, że w rozdziale IV w ust. 3 w pkt 1) SIWZ wymieniono następujące oświadczenia i dokumenty:

- a) informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp, wystawioną nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert;
- b) zaświadczenie właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokument potwierdzające, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem podatkowym w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- c) zaświadczenie właściwej terenowej jednostki organizacyjnej Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego albo innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu;
- d) odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp;
- e) oświadczenie wykonawcy o braku wydania wobec niego prawomocnego wyroku sądu lub ostatecznej decyzji administracyjnej o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne albo – w przypadku wydania takiego wyroku lub decyzji – dokumenty potwierdzające dokonanie płatności tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami lub zawarcie wiążącego porozumienia w sprawie spłat tych należności;
- f) oświadczenie wykonawcy o braku orzeczenia wobec niego tytułem środka zapobiegawczego zakazu ubiegania się o zamówienia publiczne;
- g) oświadczenie wykonawcy o niezaleganiu z opłacaniem podatków i opłat lokalnych, o których mowa w ustawie z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716).

Ustalono ponadto, że w rozdziale IV ust. 3 pkt 3 SIWZ zastrzeżono, że:

Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast dokumentów, o których mowa w pkt 1:

- a) lit. a – składa informację z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 13, 14 i 21 ustawy Pzp,
- b) lit. b – d - składa dokument lub dokumenty wystawione w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- nie zalega z opłacaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne albo że zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawie spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu,

- nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości

Ustalono ponadto, że w rozdziale IV ust. 4 SIWZ zamieszczono Wykaz dokumentów i oświadczeń, które Wykonawca składa w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Wymieniono tam Wykaz wykonanych dostaw, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył przystępujący. W formularzu ofertowym w pkt 6 złożył oświadczenie, że warunki udziału w postępowaniu spełnia samodzielnie. Wskazał także, że nie zamierza zlecać podwykonawcom wykonania żadnej części przedmiotu zamówienia (pkt 7 formularza oferty). Ustalono jednak, że przystępujący do oferty załączył wypełniony wzór JEDZ. W JEDZ w części II pkt C wskazał

że w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu polega na zasobach podmiotów trzecich. Dodatkowo do oferty załączył zobowiązanie podmiotu ILT Italy s.r.l. z 24 kwietnia 2018 r., w którym podmiot ten oświadczył, że będzie brał udział w realizacji zamówienia, a jako udostępniany zasób wskazano „zdolność techniczną”.

Ustalono także, że w tej sytuacji zamawiający pismem z dnia 26 lipca 2018 r. działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał przystępującego do wyjaśnienia czy samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, czy też w celu wykazania warunków w zakresie zdolności technicznej polega na zasobach podmiotu ILT Italy s.r.l.

Ustalono, że w odpowiedzi na powyższe wezwanie przystępujący pismem z dnia 27 lipca 2018 r. wyjaśnił, że omyłkowo nie wykreślił oświadczenia w pkt 6 formularza oferty. Oświadczył, że w rzeczywistości zgodnie z oświadczeniem zawartym w JEDZ, nie spełnia samodzielnie warunków udziału w postępowaniu, ale korzysta z zasobów podmiotu trzeciego ILT Italy s.r.l. czemu dał wyraz w dokumencie JEDZ oraz składając stosowne zobowiązanie.

Następnie ustalono, że pismem z dnia 30 lipca 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu ILT Italy s.r.l. do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów. Wskazał, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 1 pkt 4) SIWZ, wykonawca powinien złożyć stosowne zobowiązanie wraz z ofertą w formie oryginału. Natomiast wykonawca złożył to zobowiązanie w formie kolorowej kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez przedstawiciela przystępującego. Ponadto dokument ten nie zawiera oznaczenia postępowania i został opatrzony datą 24.04.2018 r., a więc sprzed terminu publikacji postępowania przez zamawiającego. Zamawiający wezwał zatem przystępującego do uzupełnienia oryginału zobowiązania. Tym samym pismem wezwał przystępującego także do uzupełnienia oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków w formie JEDZ dla podmiotu ILT Italy s.r.l. Wyjaśnił przy tym, że został złożony JEDZ dla tego podmiotu, ale podpisany kwalifikowanym podpisem przedstawiciela przystępującego, a nie przez osoby uprawnione do reprezentacji ILT Italy s.r.l. Wezwał do uzupełnienia prawidłowo podpisanego dokumentu JEDZ lub uzupełnienia pełnomocnictwa przez podmiot ILT Italy s.r.l. upoważniającego przystępującego do reprezentowania ILT Italy s.r.l.

W dalszej kolejności ustalono, że przystępujący pismem z dnia 7 sierpnia 2018 r. złożył oryginał pisemnego zobowiązania ILT Italy s.r.l. do udostępnienia przystępującemu zasobów zdolności technicznej opatrzonego datą 18 lipca 2018 r. Złożył także pełnomocnictwo wystawione przez ILT Italy s.r.l. upoważniające przystępującego do reprezentowania ILT Italy s.r.l., a także dokument JEDZ dotyczący podmiotu ILT Italy s.r.l. podpisany elektronicznie przez Italy s.r.l.

Następnie ustalono, że zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2018 r., działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w celu oceny czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji podmiotu Italy s.r.l. będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotem gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, wezwał przystępującego do wyjaśnienia:

- 1)zakresu dostępnych wykonawcy zasobów podmiotu ILT Italy s.r.l.,
- 2) sposobu wykorzystania zasobów ILT Italy s.r.l. przez wykonawcę przy wykonywaniu zamówienia,
- 3)zakresu i okresu udziału ILT Italy s.r.l. przy wykonywaniu zamówienia,
- 4)czy podmiot ILT Italy s.r.l. zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 13 sierpnia 2018 r. w którym oświadczył, że:

- a)zakres dostępnego zasobu dotyczy zdolności technicznych w tym kwalifikacji zawodowych oraz doświadczenia,
- b)sposób wykorzystywania zasobów – udział w realizacji zamówienia przez osoby dedykowane ze strony ILT Italy s.r.l. w zakresie dotyczącym sprawowania nadzoru nad prawidłowością instalacji, uruchomienia i konfiguracji przedmiotu zamówienia oraz doradztwo w zakresie wykonania projektów zgodnie z wymaganiami zamawiającego,
- c)okres udziału – przez cały okres realizacji zamówienia,
- d)podmiot będzie brał udział w realizacji zamówienia w zakresie sprawowania nadzoru nad prawidłowością instalacji, uruchomienia i konfiguracji przedmiotu zamówienia oraz doradzał w zakresie wykonania projektów zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 27 sierpnia 2018 r. działając na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia wykazu wykonanych dostaw, a także dokumentów dotyczących braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w części IV SIWZ.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie przystępujący złożył pismo z 6 września 2018 r. W piśmie tym oświadczył, że zastępuje podmiot ILT Italy s.r.l. innym podmiotem tj. MovieTech AG z siedzibą w Monachium (Niemcy). Niezależnie od powyższego wskazał, że w wykazie wykonanych dostaw oraz w referencjach wymieniono doświadczenie innej firmy to jest MTS Media Technical System Czech s.r.o. w siedzibą w Hradec Kralove (Czechy). Wyjaśnił, że spółka ta jest córką podmiotu MovieTech AG. Oświadczył, że w tej sytuacji doświadczenie spółki-córki powinno być traktowane jako doświadczenie spółki-matki.

Do pisma załączono m.in.:

- a)dokument JEDZ dla MovieTech AG z siedzibą w Monachium (Niemcy),
- b)oświadczenie MovieTech AG z 16 lipca 2018 r., w którym oświadcza, że ww. spółka czeska jest w 100% jej spółką-córką MovieTech AG, a także schemat, z którego wynikało, że MTS Media Technical System Czech s.r.o. w siedzibą w Hradec Kralove jest w 100% spółką-córką MovieTech AG.

Do pisma załączono także zobowiązanie MovieTech AG z dnia 16 lipca 2018 r. podpisane przez pana F. K. Mocą tego zobowiązania MovieTech AG miał zadeklarować oddanie przystępującemu zdolności technicznych, kwalifikacji i doświadczenia. W zobowiązaniu wskazano, że MovieTech AG będzie uczestniczyło w realizacji zamówienia przez osoby dedykowane ze strony MovieTech AG w zakresie dotyczącym sprawowania nadzoru nad prawidłowością instalacji, uruchomienia i konfiguracji przedmiotu zamówienia oraz przez doradztwo w zakresie wykonania projektów zgodnie z wymaganiami zamawiającego.

Do pisma załączono ponadto pełnomocnictwo z 16 lipca 2018 r. podpisane przez pana K. B., który upoważnił F. K. do reprezentowania firmy MovieTech AG w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego do wszelkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a zwłaszcza do:

- 1)składania i podpisania stosownych oświadczeń dotyczących przedmiotowego przetargu, w tym JEDZ,
- 2)parafowania zmian w oświadczeniach i dokumentach przekazanych w ramach procedury przetargowej,
- 3)udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych oświadczeń i dokumentów oraz uzupełniania złożonej dokumentacji,
- 4)poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów,
- 5)podpisania wszelkich oświadczeń, w tym JEDZ i dokumentów za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego,
- 6)udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie tego pełnomocnictwa.

Do pisma załączono także wykaz usług. W wykazie tym przystępujący wykazał doświadczenie spółki MTS Media Technical System Czech s.r.o. w siedzibą w Hradec Kralove (Czechy) w trzech dostawach wyposażenia studiów filmowych i telewizyjnych. Do wykazu załączono dokumenty referencyjne pochodzące od zleceńodawców tych dostaw, z których wynikało, że MTS Media Technical System Czech s.r.o. w siedzibą w Hradec Kralove (Czechy) wykonała te dostawy należycie.

W dalszej kolejności ustalono, że pismem z dnia 12 września 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia informacji z rejestru, w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 i 21 ustawy Pzp w odniesieniu do podmiotu MovieTech AG. Wskazał, że dokumentu takiego mu nie złożono. Tym samym pismem zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla pana F. K. Wskazał, że złożone pełnomocnictwo z 16 lipca 2018 r. udzielone przez p. K. B. jest w formie kolorowej kserokopii, natomiast zgodnie z zapisami SIWZ, pełnomocnictwo należało złożyć w formie oryginału lub kopii poświadczonych notarialnie.

Ustalono także, że pismem z dnia 19 września 2018 r. przystępujący uzupełnił informację z rejestru dla podmiotu MovieTech AG oraz oryginał zobowiązania dla pana F. K.

Z kolei pismem z dnia 21 września 2018 r. przystępujący złożył dokumenty z właściwego rejestru w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, dotyczące członka zarządu MovieTech AG oraz prokurenta MovieTech AG.

Ustalono również, że zamawiający pismem z dnia 28 września 2018 r. zawiadomił odwołującego o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego.

lżba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutów dotyczących zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej opisanego w rozdziale III ust. 2 pkt 1) SIWZ.

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, *z postępowania o udzielenie zamówienia 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.*

Zgodnie z art. 22a ustawy Pzp:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia 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 spełnienia 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.

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.

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Art. 87 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Art. 56 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE stanowi, że jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości

Art. 63 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE w akapicie 2 stanowi, że instytucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Instytucja zamawiająca wymaga, aby wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia.

W pierwszej kolejności nie podzielono stanowiska odwołującego, który wywiódł, że przystępujący miał zadeklarować samodzielne spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymagało, że przystępujący w tym zakresie złożył wraz z ofertą dwa sprzeczne ze sobą oświadczenia. Rzeczywiście, w pkt 6 formularza oferty oświadczył, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jednakże, nie bez znaczenia jest fakt, że wraz z ofertą złożono zamawiającemu także dokument JEDZ, w którym przystępujący wyraźnie oświadczył, że w celu

spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie polegał na zasobach podmiotów trzecich. Co więcej, do oferty załączono zobowiązanie podmiotu trzeciego - ILT Italy s.r.l., w którym zobowiązywał się do oddania przystępującemu zasobu zdolności technicznej. Do oferty dołączono także JEDZ dla podmiotu ILT Italy s.r.l. Sytuacja ta oznaczała, że w ofercie znajdowały się dwa równorzędne, ale jednocześnie wzajemnie wykluczające się oświadczenia wykonawcy, tj. o samodzielnym spełnieniu tego warunku oraz o spełnieniu warunku za pomocą zasobu podmiotu trzeciego. Zatem w stanie faktycznym sprawy nie można było automatycznie przyjąć, jak chciał odwołujący, że wykonawca z pewnością nie zamierzał korzystać z zasobów podmiotów trzecich przy wykazaniu warunku. Zdaniem Izby istniejące rozbieżności winny zostać wyjaśnione. W tej sytuacji zamawiający słusznie postąpił wzywając przystępującego pismem z dnia 26 lipca 2018 r. do wyjaśnienia tej kwestii. W odpowiedzi przystępujący rozwiął opisane wątpliwości oświadczając w piśmie z 27 lipca 2018 r., że nie spełnia samodzielnie warunków i że w celu wykazania warunku zdolności technicznej opisanego w SIWZ będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego – włoskiej spółki ILT Italy s.r.l.

Nie można było się także zgodzić z odwołującym, jakoby przystępujący miał nie uzgodnić warunków współpracy z podmiotem ILT Italy s.r.l. przed terminem złożenia oferty. Rzeczywiście pierwsze zobowiązanie ILT Italy s.r.l. opatrzone datą 24 kwietnia 2018 r., a więc pochodziło sprzed daty wszczęcia postępowania (5 lipca 2018 r.), a ponadto określało postępowanie tylko z tytułu. Powyższe mogło budzić wątpliwości biorąc pod uwagę, że zamawiający prowadził wcześniej unieważnione postępowanie o tym samym tytule. Jednakże zamawiający i w tym zakresie wezwał wykonawcę do uzupełnienia zobowiązania ILT Italy s.r.l. (pismo z 30 lipca 2018 r.). Przystępujący w odpowiedzi na ww. wezwanie uzupełnił zobowiązanie podmiotu ILT Italy s.r.l. opatrzone datą 18 lipca 2018 r., a zatem przypadającą po wszczęciu postępowania. Ponadto na to, że jakąś współpracę uzgodniono wskazywał także fakt udzielenia przez ILT Italy s.r.l. przystępującemu pełnomocnictwa w dniu 31 lipca 2018 r. a więc także przypadającym po wszczęciu postępowania (por. dokumenty załączone przez przystępującego do jego pisma z 7 sierpnia 2018 r.).

Izba, na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp postanowiła oddalić wniosek odwołującego o zobowiązanie zamawiającego do złożenia oświadczenia, jakie zamawiający miał otrzymać 22.10.2018 r. od ILT Italy s.r.l., a które miało potwierdzać brak uzgodnień między ILT Italy s.r.l. a przystępującym co do udostępnienia doświadczenia. Zamawiający oświadczył, że takim dokumentem nie dysponuje, gdyż do momentu otwarcia rozprawy nie został mu przesłany. Izba nie mogła zobowiązać zamawiającego do złożenia nieistniejącego dokumentu. W tej sytuacji wniosek odwołującego musiał zostać oddalony, gdyż dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

Zgodzić należało się natomiast z odwołującym, że treść zobowiązania ILT Italy s.r.l. nie pozwalała na ustalenie, iż przystępujący rzeczywiście mógłby korzystać z zasobów zdolności technicznej tego podmiotu w trakcie realizacji zamówienia.

Zamawiający w rozdziale III ust. 2 pkt 2 SIWZ, w ślad za art. 22a ust. 3 i 4 ustawy Pzp jednoznacznie zastrzegł, że w przypadku polegania wykonawcy przy wykazaniu warunku na zasobie wiedzy technicznej (doświadczenia) podmiotu trzeciego, zamawiający będzie ocenił, czy udostępniane zdolności techniczne podmiotu pozwolą na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków. Co więcej zamawiający wskazał także wyraźnie, że w takiej sytuacji podmioty trzecie udostępniające swe zasoby wykonawcy mają obowiązek zrealizować roboty i usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane. Z kolei w rozdziale IV ust. 1 pkt 4) SIWZ zamawiający jednoznacznie wskazał, że wykonawca, w opisywanej sytuacji musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami podmiotów.

Zdaniem Izby dowody przedstawione przez przystępującego w żaden sposób nie umożliwiały stwierdzenia, że udostępnienie zasobu pozwoli przystępującemu na wykazanie warunku. Jedynym dowodem, jaki przystępujący przedstawił na tę okoliczność było zobowiązanie ILT Italy s.r.l. z dnia 18 lipca 2018 r. (dokument przy piśmie przystępującego z 7 sierpnia 2018 r.). Zgodzić należało się z odwołującym, że zobowiązanie okazało się bardzo lakoniczne, blankietowe, ograniczało się do informacji, że przystępującemu udostępniana jest zdolność techniczna podmiotu ILT Italy s.r.l. W zobowiązaniu próżno było szukać jakichkolwiek informacji o gwarantowanym przez podmiot trzeci sposobie wykorzystania zasobu, okresie jego wykorzystania, podstawie prawnej ani o ewentualnym charakterze, w jakim podmiot trzeci miałby brać udział w realizacji zamówienia. Szczegóły współpracy nie były objęte treścią zobowiązania podmiotu trzeciego ani jakiegokolwiek innego dowodu.

Dostrzeżenia wymagało, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przystępujący w piśmie z 13 sierpnia 2018 r. informował zamawiającego, że ILT Italy s.r.l. będzie brał udział w realizacji zamówienia przez osoby dedykowane w zakresie nadzoru nad prawidłowością instalacji, uruchomienia i konfiguracji przedmiotu zamówienia oraz doradztwo w tym zakresie, a także doradztwo przy sporządzeniu projektu. Podkreślenia wymagało, że oświadczenie to pochodziło od samego przystępującego, a nie od podmiotu ILT Italy s.r.l. a zatem nie stanowiło dowodu, że podmiot ten rzeczywiście zobowiązał się względem przystępującego do tego rodzaju czynności. W konsekwencji należało dojść do wniosku, że zamawiający nie miał żadnych podstaw aby przyjąć, że udostępnienie przystępującemu zasobu ILT Italy s.r.l. jest rzeczywiste i pozwala na spełnienie warunku przez samego wykonawcę.

Znalazł potwierdzenie także zarzut, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez dwukrotne wzywanie odwołującego do uzupełnienia tego samego rodzaju dokumentu. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, procedura wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp może być uruchomiona tylko jeden raz w stosunku do tego samego braku.

Dostrzec należało, że pismem z dnia 12 września 2018 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa z 16 lipca 2018 r. dla pana F. K. udzielonego przez MovieTech AG, gdyż przy piśmie przystępującego z 6 września 2018 r. przedstawił je w formie kolorowej kserokopii. Jak wynikało z treści wadliwego dokumentu pełnomocnictwa miało ono mocować pełnomocnika do podpisania m.in. dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego MovieTech AG. Ponadto działając na podstawie tego samego wadliwego pełnomocnictwa pan F. K. usiłował złożyć w imieniu MovieTech AG zobowiązanie z dnia 16 lipca 2018 r. do udostępniania przystępującemu zasobu zdolności technicznej

Podkreślenia wymagało, że zamawiający, korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 3 Pzp wzywał już wcześniej przystępującego do uzupełnienia zarówno zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów, dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego i pełnomocnictwa do złożenia dokumentu JEDZ dla podmiotu trzeciego. Powyższej czynności zamawiający dokonał pismem z dnia 30 lipca 2018 r. Powyższe ustalenia musiały prowadzić do wniosku, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez co najmniej dwukrotne wezwanie przystępującego do uzupełnienia tych samych dokumentów. Dostrzec należało bowiem, że braki do których uzupełnienia wzywał zamawiający w obu przywołanych pismach okazały się takie same, dotycząc prawidłowości podpisania zobowiązania i dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego.

Trafny okazał się zarzut odwołującego co do niedopuszczalności w przedstawionym stanie faktycznym

zastąpienia przez przystępującego podmiotu trzeciego, na którego zasobach zdolności technicznej się opierał, tj. ILT Italy s.r.l. - innym podmiotem trzecim – to jest MovieTech AG.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że w złożonej przez siebie ofercie w żadnym dokumencie przystępujący nie wskazał, jakoby zamierzał w celu wykazania warunku polegać na zasobie zdolności technicznej podmiotu MovieTech AG. Wprost przeciwnie, z oferty wynikało, że przystępujący w celu wykazania warunku zdolności technicznej zamierzał polegać wyłącznie na zasobach podmiotu ILT Italy s.r.l., na co zresztą wskazywały także późniejsze wyjaśnienia i dokumenty składane przez przystępującego (por. choćby uzupełnione zobowiązanie ILT Italy s.r.l. z 18 lipca 2018 r. załączone do pisma przystępującego z 7 sierpnia 2018 r.).

Zamawiający powziął informację na temat chęci polegania na zasobie zdolności technicznej podmiotu MovieTech AG dopiero po lekturze pisma przystępującego z dnia 6 września 2018 r. W piśmie tym przystępujący usiłował dokonać samodzielnej zmiany podmiotu trzeciego, powołując się na dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy Pzp. Stanowisko przystępującego należało ocenić jako nietrafne.

Dostrzeżenia wymaga, że Krajowa Izba Odwoławcza jest sądem w rozumieniu art. 267 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej „TFUE”, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej z 2012 r. C 326, s.1). Powyższy status KIO potwierdził Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w wyroku z dnia 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact) stwierdzając, że KIO jest sądem w rozumieniu art. 267 TFUE, gdy wykonuje swoje kompetencje objęte zakresem wymienionych przepisów, co ma miejsce w ramach postępowania głównego. Izba jako sąd prawa krajowego obowiązana jest dokonywać wykładni przepisów prawa krajowego z uwzględnieniem reguł wykładni prounijnej, co w świetle orzecznictwa TS UE wynika z art. 10 TWE (zasada solidarności, obecnie art. 4 Traktatu o Unii Europejskiej), oraz z art. 249 akapit 3 TWE (obecnie 288 TFUE, który nakłada na państwa członkowskie obowiązek osiągnięcia w prawie krajowym zakładanego przez nie rzeczywistego rezultatu) (por. m.in. wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie 14/83 Sabine von Colson i Elisabeth Kamann przeciwko Land Nordrhein-Westfalen, Zb.Orz. 1984, str. 1891, pkt 26 (w skrócie von Colson); wyrok TS z dnia 10 kwietnia 1984 r. w sprawie Dorit Harz przeciwko Deutsche Tradax GmbH, Zb.Orz. 1984, str. 1921, pkt 26 (w skrócie Harz); wyrok TS z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-106/89 Marleasing SA przeciwko La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Zb.Orz 1990, str. I-4135, pkt 8 (w skrócie Marleasing); wyrok TS z dnia 5 października 1994 r. w sprawie C-165/91 Simon J. M. van Munster przeciwko Rijksdienst voor Pensioenen, Zb. Orz. 1994, str. I-04661, pkt 32).

Jak wskazano w orzeczeniu TS UE w sprawie von Colson, sąd krajowy stosując prawo krajowe jest obowiązany do wykładni tego prawa w świetle brzmienia i celu dyrektywy. Z kolei z wyroku TS UE w sprawie Marleasing wynika, że wykładnia prounijna prawa krajowego powinna sięgać tak daleko, jak to jest możliwe (ang. *so far as possible*). Ponadto, jak wynika z orzecznictwa TS UE, rezultatem wykładni prawa krajowego zgodnej z dyrektywami (w przeciwieństwie do reguł wykładni opartej na zasadzie bezpośredniego działania prawa unijnego) może być nałożenie na jednostkę obowiązków, które nie wynikały uprzednio z prawa krajowego (poza prawem karnym) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, obowiązek sądu krajowego wykładni zgodnej z dyrektywą jest bowiem przedłożeniem obowiązku państwa członkowskiego należytej implementacji dyrektywy na poziomie orzeczniczym, jeżeli bez niej nie może zostać osiągnięty cel harmonizacji, a mianowicie nie tylko formalne, ale także rzeczywiste ujednoczenie porządku prawnego we Wspólnocie. Oznacza to, że sądy krajowe są włączone w proces implementacji dyrektyw, który obejmuje zasadniczo dwa etapy, a mianowicie etap legislacyjnej transpozycji dyrektywy do krajowego porządku prawnego (etap stanowienia prawa krajowego) i etap sądowej korekty niewłaściwej lub spóźnionej transpozycji lub albo jej braku w formie wspólnotowych lub krajowych instrumentów, w tym zwłaszcza obowiązek wykładni zgodnej (etap stosowania prawa krajowego) (por. A. Wróbel, Sądowa wykładnia prawa państwa członkowskiego UE zgodnie z dyrektywami WE/UE).

Na uwagę zasługiwał fakt, że przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp jest wynikiem implementacji do prawa krajowego art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE. Ww. przepis prawa unijnego stanowi, że *Institucja zamawiająca sprawdza, zgodnie z art. 59, 60 i 61, czy podmioty, na których zdolności wykonawca zamierza polegać, spełniają odpowiednie kryteria kwalifikacji, i czy istnieją podstawy wykluczenia na mocy art. 57. Institucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia. Institucja zamawiająca może wymagać lub może być zobowiązana przez państwo członkowskie do wymagania, by wykonawca zastąpił podmiot, wobec którego istnieją nieobowiązkowe podstawy wykluczenia.*

Z przepisu tego wynikają zatem dwie konkluzje. Po pierwsze, zastąpienie podmiotu trzeciego następuje na skutek żądania zamawiającego, które jest następstwem stwierdzenia, że podmiot trzeci podlega wykluczeniu względnie nie spełnia kryteriów kwalifikacji. Po drugie zaś, z przepisu tego wynika, że w opisanej sytuacji to „wykonawca zastępujący” podmiot trzeci, a nie podmiot trzeci zastępowany jest przez jakiś inny podmiot trzeci. Tymczasem przepis prawa krajowego, tj. art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że *jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:*

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Porównanie obu przepisów prowadzi do wniosku, że dyspozycją przepisu prawa unijnego objęta jest tylko druga z sytuacji unormowanych w przepisie prawa krajowego.

Na niezgodność art. 22a ust. 6 ustawy Pzp z art. 63 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE wskazywano w piśmiennictwie.

W artykule, o wyjaśnianiu i uzupełnianiu dokumentów w świetle orzecznictwa TSUE raz jeszcze jego autorka zwróciła także uwagę na wersję angielską stosownego fragmentu art. 63 dyrektywy 2014/24/UE: *economic operator replaces an entity which does not meet a relevant selection criterion, or in respect of which there are compulsory grounds for exclusion.* Zwróciła także uwagę, że w przypadku fakultatywnych podstaw wykluczenia prawodawca unijny posługuje się sformułowaniem *economic operator substitutes an entity in respect of which there are non-compulsory grounds for exclusion.* Podkreślała, że w języku angielskim słowo „replace” oznacza potocznie „wejść w czyjeś buty”, „wstąpić w czyjeś miejsce”, natomiast „substitute” oznacza „zamienić coś na coś” (substytut). (Zamówienia Publiczne Doradca rok 2017 numer 10 Ewa Wiktorowska, O wyjaśnianiu i uzupełnianiu dokumentów w świetle orzecznictwa TSUE raz jeszcze).

Autorka w przywołanej publikacji przytoczyła analogiczne poglądy prezentowane przez kolejnych komentatorów. Na wadliwość takiej normy zwróciła uwagę już w 2016 r. Aleksandra Sołtyśńska i Hanna Talago - Sławoj w publikacji:

„Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz”: „Wykonawca podejmujący decyzję o poleganiu na zasobach podmiotów trzecich, z uwagi na brzmienie komentowanej normy, w sytuacji gdy pierwotnie wskazany podmiot trzeci okazuje się być podmiotem podlegającym wykluczeniu lub niespełniającym minimalnych kryteriów kwalifikacji, otrzymuje drugą szansę na pozytywną kwalifikację. Takiej szansy natomiast nie ma wykonawca samodzielnie wykazujący spełnienie wymaganych kryteriów kwalifikacji.” „Norma ta pozostaje w jawnej sprzeczności z art. 56 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE, który dopuszcza jedynie uzupełnienie dokumentów składanych na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia wykonawcy lub spełnienia minimalnych kryteriów kwalifikacyjnych, a nie zmianę oświadczeń woli zawartych we wnioskach o dopuszczenie do udziału w kwalifikacji czy ofertach. A to właśnie do tej drugiej kategorii należałoby kwalifikować taką zmianę podmiotu trzeciego. Kwestionowane postanowienie może prowadzić do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców.”

Autorka przytoczyła także pogląd zaprezentowany przez Janusza Doleckiego. Wątpliwa pozostaje kwestia prawidłowości implementacji przepisu art. 63 ust.1 akapit drugi – „Instytucja zamawiająca wymaga, by wykonawca zastąpił podmiot, który nie spełnia stosownego kryterium kwalifikacji lub wobec którego istnieją obowiązkowe podstawy wykluczenia” dokonana przepisem art. 22a ust.6 ustawy Prawo zamówień publicznych. Czy rzeczywiście, w świetle treści art. 63 ust.1 akapit drugi oraz wyroków TS UE, w tym także wyroku z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie C-396/14 MT Hojgaard A/S, możliwe jest dokonanie zamiany wskazywanego pierwotnie podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, czy też sens i cel regulacji unijnej sprowadza się tylko do ewentualnej możliwości zastąpienia tego podmiotu przez wykonawcę (Zakres możliwych wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów złożonych w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia lub potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Część druga, Janusz Dolecki, Zamówienia Publiczne Doradca, rok 2017, nr 9).

Zdaniem Izby, wprowadzenie przez wykonawcę po otwarciu ofert nowego podmiotu trzeciego, nieznanego w momencie ofertowania, stanowi o naruszeniu naczelnej zasady, jaką powinien się kierować zamawiający tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, wynikających zarówno z prawa krajowego jak i przepisów prawa unijnego. Przyjęcie przeciwnego stanowiska prowadziłoby do wniosku, że w postępowaniu faworyzowani są wykonawcy polegający na zasobie podmiotu trzeciego względem wykonawców, którzy zadeklarowali samodzielne spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Pierwsza grupa wykonawców, bez uzasadnionych powodów, dysponowałaby znacznie szerszymi możliwościami poprawienia i uzupełnienia swej oferty, niedostępny dla wykonawcom z drugiej grupy.

Podkreślenia wymaga także, że przepis art. 63 dyrektywy 2014/24/WE stanowi wyjątek od zasady, jaką jest niezmienność ofert, w tym pod względem podmiotowym, wywodzona konsekwentnie przez Trybunał w kolejnych wyrokach z zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i która została wyraźnie wyartykułowana nie tylko w art. 7 ust. 1 Pzp, ale także w art. 87 ust. 1 zd. 2 Pzp. Co więcej, w art. 56 ust. 3 nowej dyrektywy wskazano wyraźnie, że jeżeli informacja lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Jak wynika z przywołanego przepisu, wszelkie próby poprawienia lub uzupełniania ofert prawodawca unijny w dalszym ciągu reglamentuje i uzależnia od pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości.

Zdaniem Izby aktualność w tym zakresie zachowują wskazówki wynikające także z wyroku w sprawie Esaprojekt. 4 maja 2017 r. Trybunał Sprawiedliwości UE w wyroku w sprawie o sygn. akt C -387/14 (Esaprojekt przeciwko Województwu Łódzkiemu) wyraził pogląd, że artykuł 51 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi 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. (wyrok dostępny na stronie internetowej UZP https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/34652/Orzeczenie_C-387_14.pdf).

Wyrok ten zapadł na tle przepisów poprzedniej dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. 2004 L 134, s. 114). Jednakże, wyrok ten powinien być wskazówką wyznaczającą dopuszczalność poprawiania i uzupełniania ofert także obecnie, pod rządami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Dostrzeżenia wymagało, że omawiany wyrok został wydany na tle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, które w dalszym ciągu pozostały głównymi zasadami dyrektywy 2014/24/WE (por. art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/WE i art. 2 dyrektywy 2004/18/WE). Nie uległy także zmianie zasady uzupełniania i wyjaśniania dokumentów (art. 51 dyrektywy 2004/18/WE i art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/WE).

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania, Krajowa Izba Odwoławcza, dokonując prounijnej wykładni art. 22a ust. 6 ustawy Pzp stwierdziła, że nie daje on prawa do zastąpienia przez wykonawcę, w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu, jednego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim, w sytuacji, gdy z pierwotnej oferty wykonawcy nie wynikał zamiar zaangażowania tego drugiego podmiotu.

W konsekwencji należało podzielić argumentację odwołującego, że przystępujący nie miał prawa, po terminie składania ofert, wprowadzić do postępowania nowego podmiotu tj. MovieTech AG, a którego zasoby usiłował powołać się celem wykazania warunku zdolności technicznej.

Niezależnie od braku możliwości zastąpienia jednego podmiotu trzeciego innym podmiotem trzecim udostępniającym zasób zdolności technicznej, podzielono zarzut odwołującego, że przystępujący nie udowodnił, iż rzeczywiście będzie mógł polegać na zasobie wiedzy i doświadczenia (zdolności technicznej) posiadanym przez MTS Media Technical System Czech s.r.o. w siedzibą w Hradec Kralove (Czechy).

Izba stwierdziła, że oprócz powiązań o charakterze kapitałowym, przystępujący nie przedstawił zamawiającemu żadnych innych dowodów, z których wynikałaby możliwość potraktowania doświadczenia ww. spółki czeskiej jako doświadczenia MovieTech AG.

W piśmie z 6 września 2018 r. przystępujący, uzasadniając dopuszczalność takiego zabiegu, powołał się na orzeczenie ETS z dnia 14 kwietnia 1994 r. w sprawie Ballast Nedam Groep NV przeciwko Belgii (C-389/92). W

orzeczeniu tym Trybunał stwierdził, że *Dyrektywa Rady 71/304/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca zniesienia ograniczeń wolności świadczenia usług w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane oraz udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane wykonawcom działającym za pośrednictwem agencji lub oddziałów oraz Dyrektywa Rady 71/305/EEC z 26 lipca 1971 r. dotycząca koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane zezwalają, przy ocenie kryteriów, które musi spełniać wykonawca, podczas rozpatrywania wniosku o rejestrację złożonego przez główną osobę prawną grupy, na uwzględnianie przedsiębiorstw należących do tej grupy pod warunkiem, że osoba prawna, o której mowa, wykaże, iż faktycznie rozporządza zasobami tych przedsiębiorstw niezbędnymi do wykonania robót budowlanych. W rozpatrywanej sprawie zadaniem sądu krajowego jest ustalenie czy dowód taki został przedstawiony.*

Z powyższego wyroku ETS wynika zatem, że owszem przedsiębiorstwa holdingowe mogą powoływać się na potencjał podmiotów zależnych. Jednakże, aby skorzystać z takiego dobrodziejstwa, przy ocenie kryteriów kwalifikacji muszą dodatkowo wykazać, że rzeczywiście rozporządzają zasobami swych podmiotów zależnych. Niewystarczające jest zatem samo udowodnienie powiązań o charakterze kapitałowym. Niezbędne jest dodatkowe wykazanie, że główny podmiot z grupy rzeczywiście rozporządza zasobem swej spółki-córki.

W analizowanej sprawie nic takiego nie zostało zamawiającemu udowodnione. Zamawiającemu przedstawiono wyłącznie dowody dotyczące powiązań kapitałowych. Dostrzec należy, że sporny zasób dotyczył zdolności technicznej, a więc wiedzy i doświadczenia spółki czeskiej zdobytych dzięki temu, że kilkakrotnie z powodzeniem zrealizowała referencyjne dostawy. Brak było jakiegokolwiek dowodu, że ww. wiedza i doświadczenia spółki czeskiej zostały faktycznie wykorzystane przy realizacji przez przystępującego przedmiotowego zamówienia, co było wymogiem wynikającym z SIWZ i art. 22a ust. 2 i 4 ustawy Pzp. Co istotne, w swym zobowiązaniu MovieTech AG wskazała, że to ona będzie uczestniczyła w realizacji zamówienia i czyniła to przez osoby dedykowane ze strony MovieTech AG, sprawujące nadzór nad prawidłowością instalacji, uruchomienia i konfiguracji przedmiotu zamówienia oraz przez doradztwo w zakresie wykonania projektu. (pkt 2 i 4 zobowiązania z 16 lipca 2018 r.). Uszło uwadze zamawiającego, że w zobowiązaniu nie było mowy o tym, iż zostanie wykorzystany zasób wiedzy i doświadczenia spółki czeskiej. Przeciwnie, zgodnie z treścią dokumentu, to MovieTech AG będzie nadzorowała instalację, uruchomienie i konfigurację przedmiotu zamówienia i ona też będzie doradzała. Nie złożono też żadnej deklaracji ze strony spółki czeskiej np. do udostępnienia przy wykonywaniu zamówienia doświadczonych osób, które brały udział w realizacji referencyjnych kontraktów. Z tego powodów nie sposób było się doszukać jakiegokolwiek wykorzystania doświadczenia zdobytego przez spółkę czeską na 3 kontraktach przy realizacji tego konkretnego zamówienia. Wobec powyższego stwierdzono, że zamawiający, wbrew regułom opisanym w rozdziale III ust. 2 pkt 2 SIWZ uznał, że przedstawione przez wykonawcę dowody gwarantują, iż zasób doświadczenia spółki czeskiej rzeczywiście zostanie wykorzystany w trakcie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Nie podzielono natomiast stanowiska odwołującego, jakoby pełnomocnictwo z dnia 16 lipca 2018 r. miało nie obejmować swoim zakresem umocowania do złożenia przystępującemu zobowiązania o udostępnieniu przystępującemu zdolności technicznej MovieTech AG. Rzeczywiście, zobowiązanie za MovieTech AG podpisał w charakterze pełnomocnika pan F. K. Pełnomocnik ten działał na podstawie pełnomocnictwa podpisanego przez pana K. B., działającego jako organ MovieTech AG. W kwestionowanym pełnomocnictwie pan F. K. został umocowany do reprezentowania firmy do wszelkich czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego, a zwłaszcza do:

- 1) składania i podpisania stosownych oświadczeń dotyczących przedmiotowego przetargu, w tym JEDZ,
- 2) parafowania zmian w oświadczeniach i dokumentach przekazanych w ramach procedury przetargowej,
- 3) udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych oświadczeń i dokumentów oraz uzupełniania złożonej dokumentacji,
- 4) poświadczania za zgodność z oryginałem kopii dokumentów,
- 5) podpisania wszelkich oświadczeń, w tym JEDZ i dokumentów za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego,
- 6) udzielania dalszych pełnomocnictw w zakresie tego pełnomocnictwa.

Wbrew stanowisku odwołującego z pełnomocnictwa nie wynikało, iż upoważnia ono jedynie do wykonywania czynności wyłącznie wobec zamawiającego - Uniwersytetu Śląskiego. Dostrzeżenia wymagało, że katalog czynności określono w pełnomocnictwie w sposób otwarty. Ponadto w pełnomocnictwie użyto sformułowania o umocowaniu do składania oświadczeń w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie precyzując komu te oświadczenia mają być składane. Zobowiązanie do oddania przystępującemu zasobu wiedzy i doświadczenia może być uznane za czynność dokonywaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego zarzut odwołującego okazał się chybiony.

Za chybiony uznano zarzut co do niezgodności treści oferty przystępującego z wymogiem ze strony 11 załącznika nr 2 do OPZ.

We wskazanym przez odwołującego fragmencie treści SIWZ, w części dotyczącej założeń systemu, zamawiający zawarł m.in. zdanie: *kontroler obsługujący horyzonty umiejscowiony obok kontrolera oświetlenia.*

Nie było sporne między stronami, że przystępujący zaoferował rozwiązanie obejmujące trzy sztuki kontrolerów G-Frame art. 3180 1011 firmy Gerriets, z których każdy miał obsługiwać jedną z cykloram. Na powyższe wskazywały wyjaśnienia złożone przez przystępującego przy piśmie z dnia 13.08.2018 r.

Izba wzięła pod uwagę, że na str. 11 OPZ zamawiający wskazał jednocześnie, że projektowany system miał umożliwiać niezależne sterowanie rozsunieniem każdej z trzech cykloram osobno. Nie było sporne, że cyklorama to inaczej kurtyna, która przesuwana się po trasach (horyzontach). Niezależne sterowanie każdej cykloramy zdawało się sugerować co najmniej możliwość zaoferowania kontrolerów sterujących każdą cykloramą osobno. Zdaniem Izby, w tej sytuacji gdyby intencją zamawiającego było rzeczywiście zaoferowanie tylko jednego kontrolera, to zastrzeżenie takie musiałyby się znaleźć wyraźnie w treści SIWZ. Postanowienia SIWZ, opisujące założenia systemu, wskazywały raczej na oczekiwanie zapewnienia wymaganych funkcjonalności systemu, nie przesądzając parametrów użytkowych kontrolera. Dostrzeżenia wymagało także, że zgodnie z SIWZ wykonawca będzie zobowiązany wykonać projekt techniczny dopiero po zawarciu umowy (rozdział XIV ust. 8 i 9 SIWZ).

Na uwagę zasługiwał ponadto fakt, że zamawiający we wzorze formularza ofertowego nie wymagał podania od wykonawców ilości oferowanego asortymentu, w tym kontrolerów. Co więcej, zamieścił tam wzmiankę, że rodzaj asortymentu wskazany w formularzu, nie jest wyczerpujący *Powyższy wykaz nie wyczerpuje wszystkich sprzętów, materiałów, koniecznych do wykonania przedmiotu zamówienia i stanowi dla zamawiającego informację odnośnie kluczowych elementów zaoferowanych przez wykonawcę. W ramach zaoferowanej ceny wykonawca winien zaoferować wszystkie sprzęty, szczegółowo określone w załączniku nr 2 do SIWZ.* Kierując się powyższymi rozważaniami stwierdzono, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

W dalszej części odwołania odwołujący podniósł, że rodzaj sterownika zaoferowanego przez przystępującego skutkuje koniecznością zainstalowania trzech sterowników, co nie pozwoli na utrzymanie ww. sterowników w szafie rack. Zarzut, jaki odwołujący postawił w odwołaniu, nie pozwolił Izbie na zidentyfikowanie z jakim konkretnym postanowieniem SIWZ treść oferty ma być sprzeczna. Nie wskazano Izbie w odwołaniu ani na rozprawie żadnych wymogów SIWZ odnoszących się do szafy rack ani jej wielkości. Wobec powyższego stwierdzono, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie poddawał się ocenie Izby zarzut, w którym odwołujący podniósł, że *system mocowania do ściany zaoferowany przez wykonawcę Shadok jest wadliwy i nie pozwala na osiągnięcie funkcji wskazanych w SIWZ*.

Izba wzięła pod uwagę, że odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SIWZ, z którym oferta przystępującego miałaby być sprzeczna. Powoływanie się na „funkcje systemu”, których ten ma posiadać wiele, jest zbyt ogólne. Obowiązkiem odwołującego jest takie sformułowanie zarzutu, który poddawałby się ocenie Izby. Jeżeli odwołujący przedstawia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a więc niezgodności treści oferty konkurenta z treścią SIWZ, to musi określić jednoznacznie, z jakim fragmentem specyfikacji oferta jest sprzeczna. Niedopuszczalne jest lakonicznie powołać się na bliżej niesprecyzowaną funkcję, aby potem, po terminie na wniesienie odwołania, dowolnie formułować zarzuty o niezgodności oferty z coraz to nowymi funkcjami systemu. Powyższe jest niedopuszczalne, biorąc pod uwagę treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w odwołaniu. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp podlegał oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 i 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1, 2 sentencji) i formalnym (pkt 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp miały istotny wpływ na wynik postępowania, gdyż zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę, która została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z udziału w postępowaniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego. W konsekwencji Izba nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przystępującego z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu opisanego w rozdziale III ust. 2 pkt 1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnośnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji. Jednocześnie jednak informacja o częściowym oddaleniu odwołania musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15. Sąd ten, wypowiadając się o praktyce Izby oddalania części zarzutów odwołania w uzasadnieniu, jednoznacznie uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku a nie w jego sentencji o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art. 192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16, postanowieniu Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 grudnia 2017 r. sygn. akt XXIII Ga 1886/17.

W niniejszej sprawie Izba – co wynika z sentencji orzeczenia częściowo uwzględniła i częściowo oddaliła odwołanie. Odwołanie okazało się zasadne w stosunku 1/2 (zarzuty dotyczące zaniechania czynności wykluczenia) i chybione w pozostałej części (zarzuty dotyczące zaniechania czynności odrzucenia). Kosztami postępowania po połowie obciążono zatem zamawiającego i odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez odwołującego w wysokości 15.000 zł oraz koszty poniesione przez odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą w kwocie 3.600 zł (łącznie 18.600 zł).

Odwołujący poniósł dotychczas koszty postępowania odwoławczego w wysokości 18.600 zł tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (15.000 + 3.600), tymczasem odpowiadał za nie jedynie do wysokości

9.300 zł (18.600,00 zł x 50%). Wobec powyższego Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9.300 zł (18.600 – 9.300,00), stanowiącą różnicę pomiędzy kosztami poniesionymi dotychczas przez odwołującego a kosztami postępowania, za jakie odpowiadał w świetle jego wyniku.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b oraz § 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 rozliczenia (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:.....