Sygn. akt: KIO 1883/19

WYROK

z dnia 8 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 września 2019 r. przez CONTROL PROCESS EPC2 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża CONTROL PROCESS EPC2 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr

(słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez

CONTROL PROCESS EPC2 Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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.

Sygn. akt: KIO 1883/19

Uzasadnienie

Zamawiający - Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo Spółka Akcyjna w Warszawie - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem na roboty budowlane pn. „Wyłonienie Generalnego Wykonawcy zadania inwestycyjnego pn. Zagospodarowanie złoża ropy naftowej Kamień Mały”.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 września 2019 roku wykonawca CONTROL PROCESS EPC2 Sp. z o.o. w Krakowie wniósł odwołanie od:

- czynności zamawiającego, podjętej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegającej na dokonaniu oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu złożonego przez odwołującego w' sposób niezgodny z przepisami ustawy

P.z.p.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy

P.z.p.:

1. art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 12 oraz art. 26 ust. 3 poprzez stwierdzenie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy zamawiający nie wezwał odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia lub do zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia czynności oceny wniosku odwołującego - oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym wniosku odwołującego,

- wezwania odwołującego aby w zakresie, w którym polegał na zdolnościach technicznych firmy CONTROL PROCESS EPC1 Sp. z o.o., 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.

Odwołujący podniósł, że ma prawo do skorzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący pragnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Objęte odwołaniem czynności zamawiającego uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Odwołujący wskazuje ponadto, iż objęte odwołaniem czynności zamawiającego prowadzą do możliwości poniesienia szkody przez odwołującego - polegającej na uniemożliwieniu odwołującemu złożenia oferty i uzyskaniu zamówienia. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą ww. czynności zamawiającego w sposób negatywny oddziałują na możliwości udziału odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący stwierdził, że wskazane w odwołaniu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p. może mieć istotny wpływ na wynik przedmiotowego postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy. Efektem naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy, może być uniemożliwienie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył ww. przepisy ustawy P.z.p. dokonując oceny wniosku odwołującego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego, zamawiający przedwcześnie uznał, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w toku oceny wniosku odwołującego wystosował wezwanie z dnia 14 sierpnia 2019 r., w którym odwołujący został wezwany do:

„złożenia 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, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu wniosków o dopuszczenie

do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawne spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności łub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu dla firmy CONTROL PROCESS ECPI Sp. z o.o. jako podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności technicznej", a wezwanie to nie zawierało jednocześnie zapisu o możliwości zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem. W zakresie konieczności jednoznaczności i zrozumiałości wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. odwołujący przywołał wyroki Krajowej Izby Odwoławczej: z dnia 2 lipca 2014 r., KIO 1208/14, oraz z dnia 19 maja 2014 r., KIO 846/14.

Odwołujący podniósł, że nie był uprawniony do domniemania, że wezwanie z dnia 14 sierpnia 2019 r. jest jednocześnie wezwaniem na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. To Zamawiający jest bowiem gospodarzem postępowania i do niego należą decyzje w zakresie kierowania wezwań do wykonawców. W związku z jednoznacznym brzmieniem wezwania z 14 sierpnia 2019 r. - obejmującym wyłącznie wezwanie do przedłożenia dokumentów w zakresie ubezpieczeń społecznych dla podmiotu trzeciego - odwołujący nie był uprawniony do składania innych dokumentów, gdyż orzecznictwo KIO w tym zakresie również jednoznacznie wskazuje, że samodzielne uzupełnianie dokumentów przez wykonawców jest niedopuszczalne i nie może rodzić żadnych skutków (wyrok KIO z dnia 28 listopada 2017 r.. sygn. akt: KIO 2343/17; KIO 2344/17). Również językowa wykładnia treści art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. („zamawiający żąda") wskazuje, że taka zamiana podmiotu trzeciego może nastąpić wyłącznie na żądanie zamawiającego. Praktyka innych zamawiających pokazuje, że żądanie takie jest wskazywane alternatywnie wobec wezwania o uzupełnienie dokumentów, jednak w niniejszym postępowaniu zamawiający takiego żądania nie wystosował.

Odwołujący podniósł, że powyżej wskazany stan faktyczny dowodzi, że nie ma także mowy o przełamaniu zasady jednokrotnego wzywania o uzupełnienie dokumentów. Również w tym zakresie istnieje ugruntowane przekonanie, że „Jednorazowość wezwania do uzupełnienia dokumentu odnosi się nie do wszystkich dokumentów potwierdzających warunki udziału w postępowaniu. ale do poszczególnego dokumentu, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu" (KIO/UZP 827/08) - zatem zasada ta nie blokuje możliwości wezwania o dokument/dokumenty, o które odwołujący nie był jeszcze wzywany.

Odwołujący podniósł, że zamawiający powołuje się on na opinię UZP dotyczącą stanu prawnego sprzed 2016 r., a więc sprzed obowiązywania art. 22a ust. 6, co jednoznacznie wynika z adresu publikacyjnego tej opinii (dokumentow-jakich-zamawiajacy-moze-zadac-od-

wykonawcow-w-postepowaniu-o- udzielenie-zamowienia-publicznego), jak również z analizy jej treści. Tym samym opinia ta nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia w sprawie niniejszej, gdyż w dacie jej wydawania nie istniał przepis art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p., nakazujący wezwanie wykonawcy do zastąpienia podmiotu trzeciego.

Odwołujący wskazał, że analogiczny powód uznania za niespełniającego warunków został zastosowany wobec trzeciego wykonawcy w niniejszym postępowaniu, co może wskazywać, że wykonawca ten analogicznie zrozumiał treść wezwania i analogicznie postąpił.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 października 2019 roku zamawiający wniósł o:

1) odrzucenie odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 23 września 2019 r. na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., gdyż odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie P.z.p.,

2) umorzenie postępowania odwoławczego,

3) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego albo — w razie nieuwzględnienia wniosków wskazanych w pkt 1 i 2

4) oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający wskazał, że pismem nr DZ/A/ZB/002893/2019 z dnia 14 sierpnia 2019 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia dokumentów, tj. zaświadczenia 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, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu

składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 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 dla firmy Control Process ECPI Sp. z o.o., jako podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności technicznej. Termin na uzupełnienie ww. dokumentu upłynął w dniu 23 sierpnia 2019 r. o godzinie 11:00 Do upływu wyznaczonego termin odwołujący nie złożył wymaganych dokumentów. Wobec powyższego, zamawiający pismem nr DZ/A/ZB/003341/2019 z dnia 11 września 2019 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 12 ustawy P.z.p., przedstawiając jednocześnie obszerne uzasadnienie wykluczenia. Odwołanie zostało wniesione dnia 23 września 2019 r. W jego treści odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22a ust 6 w zw. z art. 24 ust 12 oraz art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez stwierdzenie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji, gdy zamawiający nie wezwał odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia lub zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia.

Według zamawiającego, działanie odwołującego jest spóźnione a podniesiony w odwołaniu zarzut został wniesiony po upływie terminu określonego w ustawie P.z.p., w związku z czym nie powinien podlegać merytorycznemu rozstrzygnięciu. W ocenie zamawiającego, termin na wniesienie odwołania od podniesionego w jego treści zarzutu winien być liczony zgodnie z regułą wynikająca z art. 182 ust 1 pkt 1 lub ust 3 pkt 1 ustawy P.z.p., przy czym niezależnie od wyboru podstawy liczenia terminu do jego wniesienia rozpoczął on bieg w dniu 15 sierpnia 2019 roku, a upłynął dnia 25 sierpnia 2019 r.

Zamawiający podniósł, że zarówno podniesiony zarzut, jak również analiza treści odwołania pozwalają wyciągnąć wniosek, iż odwołujący de facto zarzuca zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie wskazania w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 sierpnia 2019 r., że wezwanie obejmuje również dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący zbudował swój wywód wyłącznie w oparciu zagadnienie relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 Ustawy, a postawione żądania sprowadzają się w istocie do oczekiwania, iż zamawiający zostanie zobligowany przez Krajową Izbę odwoławczą do wezwania odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego (z zasobów którego korzysta odwołujący w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu) innym podmiotem lub zobowiązania się odwołującego do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia — o ile wykaże, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, określone w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz s.i.w.z.

Zamawiający zwrócił uwagę, że odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 57 ani art. 24 i art. 7 ustawy P.z.p. W treści uzasadnienia dla wniesienia odwołania nie zostały także podniesione okoliczności faktyczne lub prawne mogące wskazywać na naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy dotyczących wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu czy kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania. W ocenie zamawiającego, zarzuty takie odwołujący winien był podnieść w pierwszej kolejności, czego jednak nie uczynił. Natomiast w chwili obecnej, odwołujący próbuje przerzucić negatywne skutki swojego zaniechania na zamawiającego poprzez nieuprawnione twierdzenie, że „powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania z treści i „Zawiadomienia o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu" z dnia 11.09.2019 r.

Zdaniem zamawiającego wątpliwości budzić nie powinno, że pierwszym dniem w którym przy zachowaniu należytej staranności odwołujący mógł dowiedzieć się o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania, był dzień przekazania pisma z wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w postępowaniu, tj. dzień 14 sierpnia 2019 r. To od tego dnia wykonawca mógł zapoznać się z treścią pisma i uznać, że po stronie zamawiającego doszło do naruszenia przepisów ustawy P.z.p., w konsekwencji czego w terminie 10 dni mógł wnieść odwołanie. Jednakże odwołujący tego nie uczynił, pozostając biernym aż do dnia 23 września 2019 r., tj. do dnia wniesienia odwołania.

Zamawiający zauważył, że na stronie 3 uzasadnienia odwołujący przyznał, że zapoznał się z treścią wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 sierpnia 2019 r. Wskazał również, jakie wątpliwości powziął w stosunku do jego treści. Tym bardziej niezrozumiała jest bierność odwołującego w okresie od dnia 14 sierpnia 2019 r. do dnia 23 września 2019 r.

Zamawiający przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej, z dnia 25 maja 2018 r., o sygn. KIO 809/18, gdzie Izba powołała się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2013 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 107/12, gdzie wskazano, że „Takie postrzeganie relacji pomiędzy art. 182 ust. 1 a art. 182 ust. 3 p.z.p. pozwala na realizację eksponowanego na tle ustawy - Prawo zamówień publicznych i dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane postulatu zapewnienia możliwości skutecznego i szybkiego odwołania się wykonawcy od rozstrzygnięcia zamawiającego. Możliwość wniesienia tego środka ochrony prawnej jest bowiem powiązana z uzyskaniem przez wykonawcę informacji o podjęciu przez zamawiającego czynności podlegających zaskarżeniu bez względu na sposób (źródło) ich uzyskania". W dalszej części uzasadnienia do wyroku Izba słusznie zauważa, że „pomimo, iż informacja podsumowująca ocenę ofert (w znaczeniu szerokim, obejmującym przesłanki wykluczenia, jak i spełnienia przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu) została przekazana wykonawcom w dniu 23 kwietnia 2018 r., to w okolicznościach niniejszej sprawy należy przyjąć, że termin do wniesienia odwołania przez wykonawcę ABB (Odwołującego) na zaniechanie odrzucenia oferty konkurencyjnej — złożonej przez wykonawcę Emerson — rozpoczął swój 10-dniowy bieg od dnia powzięcia przez wykonawcę ABB wiadomości o fakcie, że oferta Emerson nie została odrzucona. Okoliczność, że w dniu 6 kwietnia 2018 r., w wyniku udostępnienia wykonawcy ABB do wglądu korespondencji prowadzonej przez Zamawiającego z wykonawcą Emerson, Odwołujący powziął pełną wiedzę o nieodrzuceniu oferty Emerson nie budzi wątpliwości, wobec zapoznania się przez wykonawcę z treścią m.in. wezwania Emerson do złożenia dokumentów z dnia 16 marca 2018 r., a także pozostałych dokumentów. Posiadanie tej wiedzy przez Odwołującego, umożliwiało wniesienie odwołania wobec zaniechania odrzucenia oferty Emerson. Podnoszenie zarzutów naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, dopiero po zakończeniu badania braku podstaw do wykluczeniu i spełniania warunków udziału w postępowaniu narusza w ocenie Izby reguły określone w art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp"

Zamawiający podniósł, że odwołujący jako podmiot profesjonalny powinien znać prawo i mieć świadomość obowiązywania na gruncie ustawy P.z.p. zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów. Odwołujący winien również znać relację pomiędzy art. 22a ust 6 a art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. i wiedzieć, że nie stanowi on odrębnej podstawy uzupełninia dokumentów w toku postępowania. Zatem powinien był podjąć działania zmierzające do ochrony swojego interesu, czego w terminie określonym przez ustawę nie uczynił.

Zamawiający stoi na stanowisku, że odwołujący nie zachował należytej staranności wymaganej od profesjonalisty z uwagi na zawodowy charakter prowadzonej działalności (art. 355 § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145) i poprzez zaniechanie uchybił terminowi do uzupełnienia dokumentów oraz terminowi na wniesienie odwołania od ewentualnego zaniechania przez zamawiającego wskazania w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 sierpnia 2019 r., że wezwanie obejmuje również dyspozycję art. 22a ust. 6 ustawy. Tym samym przez swoją bierność odwołujący utracił ograniczoną w czasie możliwość ochrony własnego interesu prawnego, przejawiającą się uprawnieniem do wniesienia odwołania. W związku z powyższym, podniesiony w treści Odwołania zarzut nie powinien zostać rozpatrzony merytorycznie, a odwołanie powinno zostać odrzucone, jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Zamawiający podniósł, że zarzut naruszenia art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 12 oraz art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez stwierdzenie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy zamawiający nie wezwał odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia lub zobowiązania się odwołującego do osobistego wykonania tej części zamówienia — sformułowany przez odwołującego — jest chybiony i nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający pismem nr DZ/A/ZB/002893/2019 z dnia 14 sierpnia 2019 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia dokumentów, tj.: zaświadczenia 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, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu 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 dla firmy Control Process ECPI Sp. z o.o., jako podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności technicznej.

Termin na uzupełnienie ww. dokumentu wpłynął w dniu 23 sierpnia 2019 r. o godzinie 11:00 Do upływu wyznaczonego termin Wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów.

Wobec powyższego, zamawiający pismem nr DZ/A/ZB/003341/2019 z dnia 11 września 2019 r. zatytułowanym „Zawiadomienie o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu", poinformował odwołującego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy P.z.p., przedstawiając obszerne uzasadnienie wykluczenia.

Odwołanie zostało wniesione dnia 23 września 2019 r. W jego treści odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 22a ust. 6 w zw. z art. 24 ust. 12 oraz art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. poprzez stwierdzenie, że odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy zamawiający nie wezwał odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego, który nie wykazał braku podstaw do wykluczenia lub zobowiązania się do osobistego wykonania tej części zamówienia.

Zamawiający podniósł, że argumentacja przedstawiona przez odwołującego jest całkowicie chybiona. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów, skierowane do odwołującego pismem nr DZ/A/ZB/002893/2019 z dnia 14 sierpnia 2019 r., zostało sporządzone w sposób wyczerpujący i precyzyjny. Zamawiający jednoznacznie określił dokument, który nie został załączony przez odwołującego do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu publicznym. Zamawiający wskazał również, że brakujący dokument dotyczy podmiotu udostępniającego zasoby w rozumieniu art. 22a ustawy P.z.p. oraz przytoczył pełną nazwę tegoż podmiotu, tj.: Control Process ECPI Sp. z o.o. Również wyznaczony przez zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów określony przez zamawiającego był realny i umożliwiał złożenie dokumentów objętych treścią wezwania.

Zamawiający zauważył, że prawidłowa interpretacja przepisów zawartych w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wymaga, aby były czytane one łącznie z przepisami zawartymi w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. Analiza wskazanych przepisów prowadzi do wniosku, że wykonawca który nie wypełni obowiązków nałożonych przez zamawiającego w treści wezwania lub uchybi terminowi, podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Innymi słowy, zamawiający nie może utrzymywać w postępowaniu wykonawcy, który pomimo jednoznacznego i precyzyjnego wezwania uchybił obowiązkom na niego nałożonym przez zamawiającego. Właśnie takie okoliczności zachodzą na gruncie niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący pomimo skierowanego wezwania do uzupełnienia dokumentów pozostał całkowicie bierny, a mając na uwadze zasadę jednokrotności wezwania zamawiający nie miał innego wyjścia jak wykluczyć odwołującego z udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że z treści uzasadnienia odwołania można wysnuć wniosek, że odwołujący zachowywał bierność począwszy od dnia wezwania do uzupełniania dokumentów, aż do dnia przekazania przez zamawiającego zawiadomienia o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (zawierającego informację o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu), gdyż oczekiwał na odrębne wezwanie z art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p.

W ocenie zamawiającego, prowadzenie czynności w postępowaniu w sposób oczekiwany przez odwołującego prowadziłoby wprost do naruszenia przepisów ustawy P.z.p., w szczególności zasady jednokrotności wezwania do uzupełniania dokumentów, albowiem zamawiający nie może różnicować sytuacji wykonawców w postępowaniu poprzez postawienie w uprzywilejowanej sytuacji podmiotu, który w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu korzysta z potencjału innego podmiotu w rozumieniu art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p.

Zarówno w opinii Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej relacji art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy, jak również w orzecznictwie Izby (por.: wyrok KIO 941/18 z dnia 1 czerwca 2018 r., opubl. LEX nr 2548917; wyrok KIO 572/18 z dnia 12 kwietnia 2018 r. opubl. LEX nr 2515223; wyrok KIO 491/18 z dnia 29 marca 2018 r., opubl. LEX nr 2508435; wyrok KIO 2073/17 z dnia 18 października 2017 r., opubl. LEX nr 2407304; wyrok KIO 583/17 z dnia 1 1 kwietnia 2017 r., opubl. LEX nr 2284239) przesądzono, że art. 22a ust. 6 ustawy nie stanowi samodzielnej podstawy do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu, o którym mowa w art. 22a ust. 1 ustawy P.z.p. innym podmiotem bądź zobowiązania się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia pod warunkiem wykazania zdolności technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej, o których mowa w art. 22a ust. 3 ustawy P.z.p.

W związku z powyższym odwołujący — wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia dokumentów — mógł dokonać uzupełnienia dokumentu dotyczącego

podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. i podjąć decyzję o zmianie podmiotu trzeciego na inny lub samodzielnie wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednakże odwołujący nie podjął żadnego działania, zatem winien był liczyć się z konsekwencjami w postaci wykluczenia z udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W ocenie zamawiającego nie znajduje prawnego uzasadnienia pogląd odwołującego, w myśl którego „zmiana podmiotu trzeciego może nastąpić wyłącznie na żądanie zamawiającego". Podkreślił, że przepisy ustawy P.z.p. nie ustanawiają zakazu samodzielnego uzupełniania dokumentów przez wykonawcę. Stanowisko takie zostało podzielone przez Izbę w wyroku z dnia 17 sierpnia 2017 r., sygn. akt: KIO 1597/17 (opubl. LEX nr 2377362), gdzie

Izba zauważa, że „Przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) nie zawierają zakazu samodzielnego podejmowania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia inicjatywy w zakresie składania dokumentów, nawet bez wspomnianego wezwania. (...) Kwestię samodzielnego uzupełniania dokumentów i oceny jego skutków należy rozstrzygać indywidualnie, w okolicznościach konkretnego stanu faktycznego".

W ocenie zamawiającego, na gruncie niniejszego stanu faktycznego, odwołujący posiadał wszelkie informacje pozwalające na uzupełnienie dokumentów w zakresie objętym wezwaniem lub podjęcia decyzji o zmianie podmiotu trzeciego na zasobach którego polega w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu. Zatem przyjęta przez odwołującego argumentacja jest chybiona i jako taka nie powinna się ostać.

Zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał zasadności zarzutu stawianego zamawiającemu w odwołaniu z dnia 23 września 2019 r. Mając na uwadze, że to na odwołującym spoczywa ciężar udowodnienia faktów, z których wywodzi on skutki prawne, należy stwierdzić, że brak jest podstaw do uznania, aby zamawiający naruszył przepisy ustawy P.z.p. wskazane przez odwołującego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w toku oceny wniosku odwołującego wystosował wezwanie z dnia 14 sierpnia 2019 r., w którym odwołujący został wezwany do:

„złożenia 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, wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, lub innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca zawarł porozumienie z właściwym organem w sprawne spłat tych należności wraz z ewentualnymi odsetkami lub grzywnami, w szczególności uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności łub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu dla firmy CONTROL PROCESS ECPI Sp. z o.o. jako podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie zdolności technicznej".

Termin na uzupełnienie ww. dokumentu upłynął w dniu 23 sierpnia 2019 r. o godzinie 11:00 Do upływu wyznaczonego termin odwołujący nie złożył wymaganych dokumentów. Wobec powyższego, zamawiający pismem nr DZ/A/ZB/003341/2019 z dnia 11 września 2019 r. poinformował odwołującego o wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust 1 pkt. 12 ustawy P.z.p.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W ocenie Izby brak było podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p., tj. z powodu jego wniesienia po upływie terminu określonego w ustawie. Jak wynika z treści odwołania, przedmiotem zaskarżenia jest uznanie, że odwołujący nie

spełnia warunków udziału w postępowaniu, o czym odwołujący dowiedział się z pisma z dnia 11 września br. Odwołujący podnosił, że został wykluczony z postępowania, mimo że zamawiający nie wezwał go do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem. Mimo że z treści wezwania nie wynikało, że odwołujący jest wyzwany do zastąpienia jednego podmiotu innym, odwołujący wskazywał, że zamawiający przed wykluczeniem mógł i powinien takie wezwanie do niego wystosować, przez co czynność wykluczenia należało uznać za przedwczesną.

Na wstępie rozważań wskazać należy, że nowelizacja ustawy P.z.p. wprowadzona

ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. - o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), wprowadziła nowy przepis - art. 22a ustawy P.z.p., który stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 63 dyrektywy 2014/24/UE1. Treść art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. 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:

- zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

- 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.

Przepis określa działania zamawiającego względem wykonawcy, w sytuacji gdy zgłoszony przez wykonawcę podmiot trzeci, na zasoby którego wykonawca się powołuje, nie potwierdzi dysponowania niezbędnym zasobem lub nie potwierdzi braku podstaw do wykluczenia. Działania owe polegają na obligatoryjnym zażądaniu od wykonawcy, aby w sytuacji, gdy zgłoszony przez niego podmiot trzeci nie wykazał posiadania zasobu lub braku podstaw do wykluczenia - samodzielnie wykazał ten zasób lub zastąpił ten podmiot trzeci innym podmiotem trzecim.

Wskazać należy, iż możliwość uzupełnienia dokumentów po wyznaczonym terminie regulowana jest art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., zgodnie z którym, 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.

Celem przepisu art. 26 ust. 3 jest ograniczenie sytuacji, w których wykonawcy składają korzystną cenowo i merytorycznie ofertę, ale muszą być wykluczeni z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach, mających potwierdzać spełnianie warunków podmiotowych. Zamawiający dokonując oceny dokumentów złożonych w wyniku wezwania nie może nie brać pod uwagę celu, jaki chciał osiągnąć ustawodawca stanowiąc ten przepis, a ponadto nie może zastosować przepisu w sposób, który naruszyłby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu.

Niezależnie od tego, iż treść art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. uległa zmianie, jej sposób rozumienia zmiany treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp po nowelizacji ustawy pozostał niezmieniony. Aktualne pozostaje stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej sprzed nowelizacji w zakresie: (1) obligatoryjności takiego wezwania, jeśli zajdą wskazane w przepisie okoliczności oraz (2) dopuszczalności tylko jednokrotnego wzywania wykonawcy o konkretny brakujący lub nieprawidłowy lub niepotwierdzający spełniania warunku udziału w postępowaniu (brak podstaw do wykluczenia, spełniania kryteriów selekcji) dokument. Jeśli po zastosowaniu ww. procedury, konkretny dokument nadal nie potwierdza, że spełniony został warunek udziału w postępowaniu lub brak jest podstaw do wykluczenia - wykonawca taki podlega wykluczeniu z postępowania w oparciu o właściwą podstawę prawną z art. 24 ustawy P.z.p.

Z powyższego wynika, że regulacja wyrażona w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. jest jedyną

regulacją określającą w sposób kompleksowy zasady wezwania o uzupełnienie dokumentów

w przedmiocie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia (niezależnie, czy dotyczą one wykonawcy samodzielnie wykazującego ich spełnienie i brak podstaw do wykluczenia, czy też wykonawcy wykazującego spełnienie warunków udziału w postępowaniu przy pomocy potencjału podmiotu trzeciego). Ustawa P.z.p. nie zawierała przed wejściem w życie ustawy nowelizacyjnej i nie wprowadziła w przepisach nowelizacyjnych odrębnego trybu wezwania o uzupełnienie dokumentów na potwierdzenie powyższych okoliczności względem wykonawców, którzy wykazują posiadanie wymaganych zasobów (spełnianie warunków udziału w postępowaniu) przy pomocy podmiotów trzecich. W kontekście regulacji z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp może zatem jedynie określać sposób wykonania obowiązku z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. wobec wykonawców, którzy wykazują spełnianie warunków przy pomocy zasobów podmiotów trzecich. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. wskazuje na możliwość zmiany podmiotu trzeciego zgłoszonego na etapie składania oferty, w trakcie procedury weryfikującej posiadanie stosownych dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.). Wykonawca wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. do uzupełnienia dokumentu podmiotu trzeciego, może albo dokonać stosownego uzupełnienia dokumentu dotyczącego podmiotu trzeciego zgłoszonego pierwotnie, albo skorzystać z dyspozycji art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p., tj. na okoliczność wezwania zmienić podmiot trzeci na inny lub samodzielnie spełnić warunek w zakresie udostępnianego zasobu. Stanowisko takie zostało wyrażone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych" opubl.https://www. uzp.gov. pl/baza-

.

W ocenie Urzędu Zamówień Publicznych nie jest zasadna interpretacja, która skutkuje rozszerzenie podstaw prawnych regulujących zagadnienie uzupełniania dokumentów, w szczególności w zakresie zasady jednokrotnego uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykładnia systemowa nie pozwala bowiem na przyjęcie, że art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. stanowi nową przesłankę uzupełniania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób inny niż przewidziany w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego.

Wskazując na powyższe stwierdzić należy, iż odwołujący, który otrzymał wezwanie do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu podmiotu, na którego zasoby się powoływał, winien był - w sytuacji gdy wobec tego podmiotu zachodziły podstawy wykluczenia - samodzielnie zastąpić ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub zobowiązać się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. Odwołujący, który zignorował wezwanie zamawiającego i nie złożył wymaganych dokumentów ani informacji, o których mowa w art. 22a ust. 6 ustawy P.z.p. nie może następnie skutecznie domagać się kolejnego wezwania do dokonania czynności, o których mowa w tym przepisie. Tym samym stwierdzić należy, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postepowaniu, w związku z czym czynność wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. należy uznać za zasadną.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyników postępowania.