

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 lipca 2020 r. przez wykonawcę: Alfavox Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Lublin, pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Alfavox Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Alfavox Sp. z o.o.,

ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań - tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy: Alfavox Sp. z o.o., ul. Ziębicka 35, 60-164 Poznań na rzecz

zamawiającego: Gmina Lublin, pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin kwotę: 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:.....

postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na budowę Contact Center w ramach projektu pn. „Budowa i rozbudowa e-usług w Gminie Lublin”, nr RPLU.02.01.00-06-0005/16, Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp”, „ustawa” lub „Pzp”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27.12.2019 r., pod numerem 2019/S 249-617710.

Wykonawca - Alfavox sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - zwany dalej Odwołującym:

1. wniósł odwołanie wobec czynności Gminy Lublin, polegających na ocenie ofert, t.j.:
 - 1.1. wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wskutek bezpodstawnego uznania, że Odwołujący nie wykazał, iż wobec podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby nie zachodzą przesłanki do wykluczenia z postępowania dotyczące płatności składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne oraz bezpodstawnego uznania, że wykluczenie podmiotu udostępniającego zasoby skutkuje wykluczeniem Odwołującego, a w konsekwencji także na odrzuceniu oferty Alfavox na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;
 - 1.2. bezpodstawnym unieważnieniu postępowania ze względu na to, że cena oferty najkorzystniejszej (tj. najwyższej ocenionej spośród pozostałych ofert) przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp;
2. zaskarżonym czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie art. 24 ust. 5 pkt 8, art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (w tym także niewskazanego przez Zamawiającego art. 24 ust. 4) oraz art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp, poprzez ich bezpodstawne zastosowanie w sytuacji gdy podmiot udostępniający zasoby nie podlegał wykluczeniu, a ponadto nawet gdyby podmiot ten podlegał wykluczeniu nie powinno to skutkować wykluczeniem Odwołującego, a w konsekwencji także bezpodstawnego uznania, że cena najkorzystniejszej oferty nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
3. z uwagi na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - 3.1. unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
 - 3.2. unieważnienia czynności oceny ofert i czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty;
 - 3.3. powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
 - 3.4. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków;

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał:

[brak naruszenia przez podmiot trzeci udostępniający zasoby obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne]

 1. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty podniósł, że nie zostało wykazane, iż wobec podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby (Nawratronik E. S. sp. z o.o. - dalej jako „Nawratronik”) nie zachodzą przesłanki wykluczenia wynikające z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp.
 2. Z oceną Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego, Nawratronik nie naruszył obowiązków dotyczących płatności składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, które mogłoby stanowić podstawę do wykluczenia z postępowania w trybie art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Nawratronik, zarówno na dzień składania ofert, jak i w dalszym toku postępowania, posiadał ważne porozumienie z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych (dalej „ZUS”) dotyczące ulgi w postaci odroczenia terminu płatności należności oraz układu

ratalnego spłaty należności.

3. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień z dnia 28.04.2020 r., porozumienie zawarte przez Nawratronik z ZUS w dniu 25.01.2019 r. (dalej jako „Porozumienie”) było wiążące na dzień składania ofert. Odwołujący wskazał, że w wyniku skorzystania przez Nawratronik z uprawnienia do złożenia wniosku o zmianę warunków udzielonej ulgi, które zostało wprost przewidziane w § 4 ust. 2 Porozumienia, doszło do przedłużenia okresu obowiązywania Porozumienia. Zgodnie z jego treścią, najpóźniej w dniu terminu płatności ostatniej raty ustalonego harmonogramu spłaty, dłużnikowi przysługuje możliwość złożenia wniosku o zmianę warunków spłaty należności określonej w ostatniej racie. Oznacza to, że wystąpienie przez Nawratronik ze wskazanym wnioskiem skutkowało przedłużeniem obowiązywania Porozumienia, które pozostawało ważne również w dniu składania ofert.

Dowód: kopia Umowy nr 0200... 1002403/18 z dnia 25.01.2019 r. (w aktach postępowania).

4. Odwołujący wskazał, że w wyniku złożenia przez Zamawiającego w dniu 19.02.2020 r. wniosku o zmianę udzielonej ulgi (w trybie wskazanego powyżej § 4 ust. 2 Porozumienia), w dniu 26.05.2020 r. doszło do zawarcia z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych aneksu nr 3 do Porozumienia (dalej jako: „Aneks nr 3”). Tym samym potwierdza to, że Porozumienie wciąż obowiązuje (oraz obowiązywało również w dniu składania ofert). Gdyby faktycznie, jak twierdzi

Zamawiający, Porozumienie wygasło, zawarcie aneksu byłoby bezprzedmiotowe. W takim przypadku konieczne byłoby zawarcie nowego porozumienia, a nie aneksu zmieniającego dotychczasowe warunki udzielonej ulgi. Warunkiem koniecznym dla zawarcia aneksu jest bowiem to, że dokument, który jest zmieniany, wciąż obowiązuje. Wynika to również z treści § 1 ust. 1 Aneksu nr 3, zgodnie z którym strony zawierają aneks działając na podstawie Porozumienia.

Dowód: kopia Aneksu nr 3 z dnia 26.05.2020 r.

5. Jednocześnie Odwołujący zaznaczył, że zawarcie Aneksu nr 3 znalazło potwierdzenie w przedłożonym na wezwanie Zamawiającego (w trybie art. 26 ust. 2f Pzp) zaświadczeniu ZUS z dnia 5.06.2020 r. o niezaleganiu w opłacaniu składek.

Dowód: -zaświadczenie z dnia 5.06.2020 r. o niezaleganiu w opłacaniu składek (w aktach postępowania).

6. Wobec tego doszło do zachowania ciągłości obowiązywania ulgi udzielonej Nawratronik przez ZUS w sprawie spłaty należności z tytułu składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne. W konsekwencji na żadnym etapie postępowania nie zachodziły podstawy do wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp (zarówno na etapie składania ofert, jak i w dalszym toku postępowania). Raz jeszcze bowiem podkreślenia wymaga, wykluczenie z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp, następuje gdy wykonawca (podmiot udostępniający zasób) naruszył obowiązki dotyczące płatności (...) składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (...) chyba, że wykonawca (...) zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. W niniejszej sprawie przez cały okres od dnia składania ofert do dziś Nawratronik posiadał wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności.

7. Jednocześnie, Odwołujący wskazał, że twierdzenie Zamawiającego, jakoby pierwsze oświadczenie złożone w JEDZ było zgodne ze stanem faktycznym, a złożone przez Wykonawcę wyjaśnienia z dnia 7.05.2020 r. zmierzały do zmiany tego oświadczenia. Wykonawca wyraźnie podkreśla, że powyższe wyjaśnienia w żadnym zakresie nie doprowadziły do zmiany wcześniejszego oświadczenia, ale wyłącznie do jego doprecyzowania w kontekście postanowień porozumienia (w szczególności § 4 ust. 2).

8. Odwołujący uznał, że w sposób dostateczny wykazał brak wobec Nawratronik podstaw do wykluczenia z postępowania w trybie art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp. Nawratronik zawarł z ZUS wiążące porozumienie w sprawie spłaty należności, które to porozumienie wyłączało możliwość wykluczenia z postępowania.

[zawarcie Aneksu nr 3 do Porozumienia jako przesłanka wyłączająca wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp]

9. Z ostrożności Odwołujący wskazał również, że nawet gdyby uznać, iż w okresie od dnia upływu terminu do składania ofert, do dnia 26.05.2020 r. (tj. dnia zawarcia Aneksu nr 3)

Nawratronik nie miał zawartego wiążącego porozumienia w sprawie spłaty składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, to i tak nie było podstaw do wykluczenia Odwołującego

w dniu 24.06.2020 r.

10. Zgodnie bowiem z aktualnym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, zawarcie przez Nawratronik Aneksu nr 3 do porozumienia po terminie składania ofert oraz przedstawienie zaświadczenia ZUS z dnia 5.06.2020 r. o niezaleganiu w opłacaniu składek, także wyłącza możliwość wykluczenia z postępowania podmiotu udostępniającego zasób na podstawie art.

24 ust. 1 pkt 8 Pzp.

11. W wyroku KIO z dnia 18.02.2020 r. (KIO 188/20), zgodnie z którym z punktu widzenia przesłanki wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 5 pkt 8 p.z.p. znaczenie prawne ma fakt dokonania spłaty należnych płatności publicznoprawnych. Ustawodawca bowiem przewidział, że pomimo naruszenia obowiązków z ubezpieczeń społecznych wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeśli płatności tych dokonał. Ustawodawca nie wskazał jednak, na jakim etapie ma zostać dokonana spłata". Dalej Izba wskazała, że „W motywie 85 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. U. L 94 z 28.3.2014, s. 65) wskazano jednak, że istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko, np. w przypadku trudności finansowych, które sprawiałby, że dany wykonawca staje się nieodpowiedni, lub, przeciwnie, z racji spłacenia w międzyczasie zaległych zobowiązań z tytułu składek na ubezpieczenia społeczne. Z przywołanego fragmentu motywu 85 można zatem wnioskować, że prawodawca unijny dopuszcza - jak sam wskazuje - „spłacenie w międzyczasie zaległych zobowiązań”, co ma prowadzić do sytuacji, w której staje się wykonawcą odpowiednim, a więc niepodlegającym wykluczeniu. Prawodawca unijny w przypadku przesłanki z art. 24 ust. 5 pkt 8 p.z.p. zdaje się zatem dopuszczać sytuację, w której wykonawca był nieodpowiedni, ale skutek dokonanej spłaty za takiego nie może być już uważany”.

12. Powyższy wyrok ma o tyle znaczenie, że powinien mieć zastosowanie do analogicznej sytuacji do spłacenia zobowiązań z tytułu składek społecznych już po złożeniu ofert, a mianowicie do sytuacji gdy do dochodzi już po złożeniu ofert do zawarcia wiążącego porozumienia w sprawie tych należności. Konieczność takiego analogicznego zastosowania ww. wyroku wynika po pierwsze, z konstrukcji art. 24 ust. 2 pkt 8 Pzp, a w szczególności użycia na końcu tego przepisu alternatywy „lub” pomiędzy chybą, że wykonawca dokonał płatności należnych (składek na ubezpieczenie zdrowotne (...)), a zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności. Po drugie, z faktu, że art. 24 ust. 2 pkt 8 Pzp w swej istocie zakłada swego rodzaju fikcję prawną zrównania płatności nieopłaconych składek na ubezpieczenie społeczne z sytuacją zawarcia z właściwym organem (tu ZUS) porozumienia w sprawie ich spłaty.

13. Wobec tego, fakt, że Nawratronik w dniu 26.05.2020 r. zawarł z ZUS Aneks nr 3 do Porozumienia (który de facto także potwierdził ciągłość obowiązywania Porozumienia), powoduje, że nie podlegał on wykluczeniu z przyczyn wskazanych w art. 24 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Jak wynika z powołanego powyżej motywu 85 Dyrektywy klasycznej, na skutek zawarcia Aneksu nr 3, Nawratronik stał się „wykonawcą odpowiednim”, co wyłącza możliwość zastosowania przez Zamawiającego sankcji w postaci wykluczenia z postępowania.

[brak podstawy do wykluczenia Wykonawcy, wskutek wykluczenia podmiotu
udostępniającego zasób]

14. Z ostrożności Odwołujący wskazał, że nawet gdyby uznać wyżej przedstawioną argumentację za nietrafną (co nie powinno mieć miejsca), a tym samym w razie uznania, że podmiot udostępniający zasób podlega wykluczeniu, to nie mogło to skutkować wykluczeniem Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 8 Pzp, w konsekwencji na odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp (Zamawiający podał błędną podstawę odrzucenia oferty tj. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp).

15. Zamawiający nie zauważył, że przesłanka z art. 24 ust. 2 pkt 8 Pzp o ile się spełniła (co jest kwestionowane odwołaniem), to nie wobec Odwołującego, a wobec Nawratronik (podmiotu udostępniającego zasób). Jednocześnie nie jest możliwe bezpośrednie „przełożenie” tej przesłanki z Nawratronik na Alfavox.

16. Co najwyżej skutkiem uznania, że podmiot udostępniający zasób podlega wykluczeniu, może być w konsekwencji pozbawienie wykonawcy możliwości posługiwania się zasobem od takiego podmiotu. To z kolei może powodować, że wykonawca podlegać będzie wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wskutek niewykazania spełnienia warunków ubiegania o zamówienie (ale już wskutek podlegania wykluczeniu). To jednakże wymagałoby uprzedniego wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp oraz zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp. Ani jedno, ani drugie w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

[brak przesłanek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp]

17. W związku z tym, że nie zaszyły przesłanki do wykluczenia Odwołującego z postępowania, brak było również podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp. Cena oferty Odwołującego (tj. 1.638.000,00 zł brutto) nie przekracza kwoty, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (tj. 2.415.043,67 zł brutto).

18. Wobec tego, konsekwencją uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, będzie również konieczność unieważnienia przez Zamawiającego czynności unieważnienia postępowania.

Załączniki (merytoryczne): 5. kopia aneksu nr 3 z dnia 26.05.2020 r., 6. zaświadczenie z dnia 5.06.2020 r. o niezaleganiu w opłacaniu składek.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie oświadczył, że nie uznaje odwołania w całości i wnosi o:

1. oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego, ze względu brak podstaw faktycznych i prawnych podnoszonych zarzutów;
2. orzeczenie o kosztach postępowania odwoławczego na rzecz Zamawiającego;
3. niedopuszczenie w postępowaniu odwoławczym dowodu z kopii aneksu z dnia 26.05.2020r., zawartego pomiędzy podmiotem trzecim Nawratronik E. S. Sp. z o.o. a Zakładem Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bielsku-Białej, jako spóźnionego.

Zamawiający zakwestionował dokument, na który powołuje się Odwołujący w odwołaniu, i którego kopia stanowi załącznik do odwołania, tj. kopii aneksu z dnia 25.06.2020 r., zawartego przez podmiot Nawratronik E. S. Sp. z o.o. z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych Oddział w Bielsku-Białej, ponieważ Odwołujący posługuje się nim bez formalnego wniosku o dopuszczenie dowodu oraz bez uzasadnienia z jakich powodów, dowód ten jest przedstawiony dopiero na etapie postępowania odwoławczego.

Mimo braku formalnego wniosku oraz na wypadek gdyby Izba zamierzała dopuścić ten dowód przy rozpoznawaniu odwołania, Zamawiający wskazał na następujące okoliczności: kopia dokumentu, nie tylko w sposób nieformalny znalazła się jako załącznik do odwołania, ale ponadto posługiwanie się tym dokumentem jest niedopuszczalne z uwagi na to, że jako dokument nieznaný Zamawiającemu na etapie oceny Odwołującego, nie może stanowić dowodu na niezasadność czynności wykluczenia Wykonawcy. Odwołujący dysponuje dokumentem od dnia 26.05.2020r., mimo to zdecydował się na przedstawienie go dopiero na etapie postępowania odwoławczego. Zamawiający zwracał się do Odwołującego o wyjaśnienie kwestii wiązania porozumienia, zawartego dnia 25.01.2019 r., z uwagi na konieczność wykazania ciągłości obowiązywania porozumienia dla wykazania braku przesłanki wykluczenia. Zatem, Odwołujący jako podmiot zobligowany do należytego dbania o własne interesy i zobligowany do działania z należyłą starannością, również w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, winien był przedstawić ten dowód Zamawiającemu niezwłocznie po jego uzyskaniu i nie powinien ze swego niedbalstwa wywodzić korzyści przedstawiając „nowy dowód” na etapie postępowania odwoławczego. Z powyższych też wynika bezpośrednio konieczność oceny działań Zamawiającego wyłącznie na podstawie stanu rzeczy, ustalonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - wyrok KIO z dnia 24 października 2018 r. sygn. akt KIO 2099/18, wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 8 stycznia 2014 r., sygn. Akt X Ga 652/13.

Zamawiający nie posiadał podstawy prawnej, aby wezwać Wykonawcę do przedłożenia aneksu do porozumienia z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych, ponieważ taki dokument nie znajduje się w katalogu dokumentów, których Zamawiający ma prawo żądać od wykonawców na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia, zgodnie z przepisami

rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126 ze zm.). Konieczność przedstawienia tego dokumentu wynika natomiast z sytuacji faktycznej podmiotu trzeciego. Stąd też brak należytego współdziałania w tym zakresie po stronie Odwołującego, który to brak skutkował określoną oceną Wykonawcy w postępowaniu, nie powinien obciążać Zamawiającego w zakresie prawidłowo podjętej decyzji - wyrok KIO 1744/19 dnia 23 września 2019 r.

W uzasadnieniu odpowiedzi na odwołanie w zakresie poszczególnych zarzutów odwołania, Zamawiający podniósł, co następuje.

Odnośnie zarzutu braku naruszenia przez podmiot trzeci udostępniający zasoby

obowiązków dotyczących płatności składek poprzez wykazanie przez cały czas trwania postępowania posiadania ważnego porozumienia z Zakładem Ubezpieczeń Społecznych na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne, poprzez wystąpienie z wnioskiem z dnia 19.02.2020 r. (naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp oraz art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp), Wykonawca nie wykazał ciągłości obowiązywania porozumienia zawartego przez podmiot trzeci, Nawratronik E. S. Sp. z o.o., na którego zasoby się powoływał w celu wykazania części warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym nie wykazał ciągłości braku podstawy wykluczenia przez okres od dnia składania ofert do dnia wykluczenia. Wykonawca przez cały czas utrzymywał, że porozumienie uprzednio zawarte, którego warunki podmiot trzeci naruszył nadal było wiążące, ponieważ miał zostać sporządzony aneks. Zamawiający podkreślił, że Wykonawca nie przedstawił aneksu na etapie badania JEDZ, jak również nie przedstawił go do momentu wykluczenia, a na fakt jego zawarcia powołał się dopiero w piśmie z dnia 29.06.2020 r., które stanowiło zapowiedź odwołania na czynność wykluczenia z postępowania.

Dowód: dokumentacja postępowania

Przedstawienie aneksu na etapie postępowania odwoławczego nie może stanowić dowodu na twierdzenia Odwołującego, które składał w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ Odwołujący winien był wykazać dopełnienie obowiązków ustawowych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w trakcie badania, a nie po jego zakończeniu, w trakcie procedury odwoławczej. Zamawiający podkreślił, że wyczerpał wszelkie możliwości dowodowe, aby ustalić stan faktyczny i prawny Odwołującego. Niestety, Wykonawca na żadnym etapie korespondencji, a nawet mimo podpisania aneksu w dacie 26.05.2020 r., nie zdecydował się na jego przedstawienie, mimo że był to dokument kluczowy w sprawie. Zatem, decyzja Zamawiającego podjęta na dotychczasowym stanie faktycznym, odpowiada prawu. Aby ocenić prawidłowość postępowania Zamawiający przedstawił treść oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez Odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Podkreślił, że Wykonawca samodzielnie wybrał konstrukcję wykazywania warunków udziału w postępowaniu za pomocą podmiotu trzeciego, który naruszył zasady opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, a następnie naruszył terminy spłat porozumienia w sprawie rozłożenia spłaty tego zadłużenia na raty, o których to okolicznościach informacja pochodziła z daty złożenia uzupełnionego oświadczenia JEDZ dot. podmiotu trzeciego czyli z dnia 17.04.2020 r. Przyjęty przez Wykonawcę sposób wykazywania spełnienia warunków oraz braku podstaw wykluczenia był dla Zamawiającego wiążący i powodował konieczność przeprowadzenia weryfikacji tego podmiotu. Twierdzenia zawarte w oświadczeniach nie pokrywają się z dokumentami zgromadzonymi w postępowaniu.

Złożenie wniosku z dnia 19.02.2020 r., wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie oznacza wyrażenia zgody na zmianę terminów spłat zaległości. Wynika to bezpośrednio z treści § 9, zastrzegającego konieczność zawarcia pisemnego aneksu do umowy. Natomiast z treści § 7 ust. 1a porozumienia z dnia 25.01.2019 r. wynika, że rozwiązanie umowy następuje w przypadku, gdy dłużnik nie opłacił rat, w takim przypadku rozwiązanie umowy następuje z dniem następującym po dniu, w którym nastąpiła jedna z wymienionych przesłanek. Niewątpliwie, treść porozumienia wskazuje na konieczność złożenia wniosku o sporządzenie aneksu w celu uzyskania ewentualnej zgody organu na przedłużenie obowiązywania porozumienia. Z informacji zawartych na stronie internetowej ZUS wynika, że decyzja w sprawie aneksowania porozumienia nie ma charakteru automatycznego ("Jeśli zmieni się Twoja sytuacja finansowa (gdy pogorszy się lub poprawi), możesz złożyć wniosek o zmianę warunków udzielonej ulgi. Do wniosku dołącz dokumenty uzasadniające Twoją prośbę. ZUS na ich podstawie oceni, czy zmiana warunków umowy jest zasadna. Jeżeli ZUS wyrazi zgodę na zmianę warunków umowy, zostanie zawarty aneks do tej umowy"). ZUS informuje również, że "Jeśli nie dotrzymasz warunków umowy, zostanie ona zerwana. Oznacza to, że powinieneś natychmiast spłacić należności objęte wcześniej umową". Jednocześnie z treści złożonego przez podmiot wniosku do ZUS z dnia 19.02.2020 r. wynika jednoznacznie, że jest to etap zwrócenia się dłużnika z prośbą o możliwość kontynuowania spłaty zaległych składek, prosząc ZUS o wyrażenie zgody na rozłożenie na raty pozostałych zobowiązań. Zatem, podpisanie aneksu a nie złożenie samego wniosku stanowiłoby podstawę do twierdzenia, że porozumienie jest nadal wiążące. Wobec powyższego wyłącznie fakt wystąpienia do ZUS nie jest równoznaczny z uzyskaniem zgody na rozłożenie na raty zaległości, gdyż musi dojść do zawarcia nowego porozumienia lub aneksu jako podstawy, że podmiot uzyskał zgodę we wnioskowanym zakresie. Potwierdza to również opis, który znajduje się w aneksie, cytując:

„postanowienia niniejszego aneksu wchodzi w życie z dniem podpisania przez obie umawiające się strony”. Zamawiający podniósł co jest istotne, że podmiot Nawratronik E. S. Sp. z o.o. jeden dzień przed terminem składania ofert dopiero wystąpił do ZUS z wnioskiem.

Dokonując oceny jako profesjonalista był przekonany, że do dnia 20.02.2020 r. (termin składania ofert) wiążącego porozumienia w postaci aneksu nie będzie posiadał. Zaznaczył, że

z uwagi na brak załączników do porozumienia (obejmujących harmonogram spłat) oraz załączników do aneksów, Zamawiający nie był w stanie prześledzić okoliczności, w jakich doszło do poprzedniego aneksowania porozumienia. Stwierdził, że w trakcie prowadzonej procedury oceny Wykonawca wielokrotnie zmieniał przekaz dotyczący stanu faktycznego. W początkowej fazie złożył Jednolite europejskie dokumenty zamówienia, w tym również JEDZ dotyczący podmiotu Nawratronik E. S. Sp. z o.o., z którego nie można było wywnioskować jaki podmiot jest podmiotem trzecim. W następstwie wyjaśnień w sposób jednoznaczny Wykonawca doprecyzował, że podmiotem trzecim, który udostępnia swoje zasoby jest Nawratronik E. S. Sp. z o.o. W konsekwencji Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia JEDZ dla Nawratronik E. S. Sp. z o.o., gdyż złożony w ofercie był niekompletny w treści dotyczącej zaległości podatkowych. W uzupełnionym JEDZ została zawarta informacja, że „procedowane jest nowe porozumienie”. Dowód na potwierdzenie posiadania wiążącego porozumienia winien przedstawić sam Wykonawca w okolicznościach żądania przez Zamawiającego wyjaśnień, gdyż tylko to mogło przesądzić, że posiada wiążące porozumienie zawarte z ZUS w sprawie spłaty zadłużenia. Na etapie wezwania do złożenia wyjaśnień Zamawiający posiadał uzasadnione podstawy do twierdzenia o braku posiadania przez Nawratronik E. S. Sp. z o.o. wiążącego porozumienia, gdyż Wykonawca podczas prowadzonej korespondencji manipulował faktami. W świetle art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp sam fakt posiadania zaległości nie jest przesądzający o wykluczeniu podmiotu pod warunkiem, że zostało zawarte wiążące porozumienie. W związku z powyższym Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień czy w powyższych okolicznościach doszło do zawarcia wiążącego porozumienia. Wykonawca stwierdził, że złożył wniosek do ZUS, co automatycznie w jego ocenie przekłada się na fakt posiadania wiążącego porozumienia. Jednakże w żaden sposób nie dowiódł jakiej treści jest porozumienie co do uregulowań i zasad będących istotą warunków, tj. woli stron (w tym przypadku) ZUS i Nawratronik E. S. Sp. z o.o. dot. spłaty zaległości. Zamawiający dochowując należytej staranności wprowadził procedurę weryfikacji złożonych wyjaśnień poddając w wątpliwość twierdzenie, że złożenie wniosku automatycznie oznacza posiadanie wiążącego dokumentu w dacie złożenia oferty. Zamawiający stwierdził, że dokument przedstawiony na etapie odwołania, tj. aneks do porozumienia w swojej treści również potwierdza, że jego treść zaczyna wiązać z dniem 26.05.2020 r., tj. podpisania przez obie strony, tj. dłużnika i wierzyciela. Przesądza o tym § 7, tj.: „postanowienia niniejszego aneksu wchodzi w życie z dniem podpisania przez obie umawiające się strony”. W konsekwencji na każdym z etapów badania dokumentów i oświadczeń dotyczących podmiotu trzeciego, Odwołujący znajdował się w sytuacji, w której posługiwał się potencjałem pomiotu, który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków i opłat, których jednocześnie w ww. terminach nie uregulował, a przed upływem terminu ostatniej raty jedynie złożył wniosek do ZUS w tej sprawie tj., w dniu 19.02.2020 r. Zatem, w wyniku podjętych przez Zamawiającego czynności, jak również złożonych przez Wykonawcę dokumentów, brak jest podstaw do twierdzenia, że Wykonawca na etapie oceny wstępnej wykazał brak podstaw wykluczenia z postępowania, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp. Istotna jest również ocena prowadzonej procedury z uwzględnieniem art. 7 ustawy Pzp, który jest przepisem fundamentalnym. Każdy podmiot winien być oceniany zgodnie z przepisami ustawy Pzp na każdym etapie postępowania.

W prowadzonym postępowaniu, w pierwszej kolejności prowadzona jest ocena wstępna oparta o złożone oświadczenie (w prowadzonej procedurze o JEDZ). Tylko pozytywna ocena Wykonawcy może stanowić przejście do kolejnego etapu. W przeciwnym razie podmiot taki podlega wykluczeniu na tym etapie. W okolicznościach, gdy Wykonawca powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego oznacza to, że nie jest w stanie sam wykonać przedmiotu zamówienia po zawarciu umowy. W związku z tym sugerowane przez Odwołującego w pkt 23 odwołania „przemilczenie” negatywnej oceny podmiotu trzeciego byłoby naruszeniem ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, że Wykonawca najpierw oświadczył, że „procedowane jest nowe porozumienie” a następnie w treści wyjaśnień, jak stwierdził, doprecyzowując poprzednie oświadczenie, zapewnił o procedowaniu nowego aneksu do porozumienia. Porównanie obydwu oświadczeń, w okolicznościach, w jakich zostały złożone, zostało zasadnie odczytane jako brak wykazania braku podstaw wykluczenia. Odwołujący mógł wykazać brak podstaw wykluczenia jedynie poprzez wykazanie ciągłości uprzednio zawartego porozumienia, czyli przedstawiając zawarty aneks do porozumienia, czego ostatecznie nie uczynił.

Odwołujący podniósł zarzut naruszenia art 24 ust. 1 pkt 12 pzp oraz przepisu art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, poprzez niezasadne wykluczenie Wykonawcy, z czym Zamawiający się nie zgodził. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp nakazuje Zamawiającemu wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia. Natomiast przepis art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp, który został zapisany przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jako przesłanka wykluczenia, nakazuje wykluczyć z postępowania wykonawcę, „który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z

wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności”.

Zamawiający podkreślił, że w myśl art. 25a ust. 1 Pzp JEDZ ma być aktualny na dzień składania ofert, tym samym ma potwierdzać brak podstaw wykluczenia na dzień jego złożenia.

Skoro w uzupełnionym wstępnym oświadczeniu JEDZ w dacie 17.04.2020 r., pojawiło się oświadczenie o zaleganiu z opłacaniem składek do ZUS oraz, że postępowanie w tej sprawie jest w trakcie procedowania przedłużenia porozumienia w sprawie rozłożenia składek na raty oraz w związku z okolicznością, że Odwołujący nie przedstawił wymaganego w takiej sytuacji aneksu do pierwotnie podpisanego porozumienia, którego warunki naruszył oraz wobec okoliczności przedstawienia zaświadczenia z właściwego organu potwierdzającego brak zalegania na dzień 05.06.2020 r. - należało jednoznacznie stwierdzić, że Odwołujący podlega wykluczeniu. Analizując wszystkie przedstawione przez Wykonawcę w toku postępowania dokumenty i oświadczenia Zamawiający stwierdził, że oświadczenia zawarte w JEDZ oraz w treści późniejszych wyjaśnień, które miały uprawdopodobnić brak podstaw do wykluczenia, nie potwierdziły się w żadnym z przedłożonych dokumentów, pochodzących od właściwego organu.

Na uwagę zasługuje również treść przedstawionego przez Odwołującego zaświadczenia z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, potwierdzającego stan prawny na dzień 05.06.2020 r., które w żadnym miejscu nie potwierdza, że brak zaległości trwa nieprzerwanie z powodu obowiązywania wcześniej zawartego porozumienia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zaświadczenie o niezaleganiu z ZUS nie potwierdza wykazania braku podstawy do wykluczenia przez cały czas trwania postępowania. W treści zaświadczenia znajduje się następujące stwierdzenie: „nie posiada zaległości według stanu na dzień

05.06.2020 r., gdyż korzysta z ulgi w postaci odroczenia terminu płatności, układu ratalnego na spłatę należności (...)”. Z tego stwierdzenia nie wynika fakt zawarcia aneksu do porozumienia, a potwierdzenie niezalegania może wynikać z zawarcia nowego porozumienia. Na uwagę zasługuje okoliczność, że Odwołujący, przedkładając zaświadczenie o niezaleganiu z ZUS, nie załączył aneksu na potwierdzenie ciągłości porozumienia. W ocenie Zamawiającego powyższa okoliczność potwierdzała brak dowodu na zawarcie aneksu i wskazywała na okoliczność zawarcia nowego porozumienia. Podpisanie nowego porozumienia oznaczałoby zaś, że poprzednie porozumienie, na które powoływał się Odwołujący nie było wiążące. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący miał obowiązek wykazywać brak podstaw do wykluczenia przez cały czas trwania postępowania, w omawianym przypadku nie można uznać, że wykonawca wykazał brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, ani w dalszym toku postępowania (opinia UZP pt.: „Dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Aktualność dokumentów w świetle nowelizacji ustawy Pzp”).

W związku z powyższym, na podstawie całej korespondencji dotyczącej tego zakresu, Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Wskazał, że zgodnie z brzmieniem przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 wyklucza się z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali braku podstaw do wykluczenia. Zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego stosowanego w zw. z art. 14 pzp, ciężar udowodnienia okoliczności, spoczywa na osobie, która z tego wywodzi skutki prawne. Zatem wykazanie okoliczności braku podstawy do wykluczenia spoczywało na Wykonawcy, który w powyższej sytuacji nie udowodnił, że po jego stronie podstawa wykluczenia z postępowania nie występuje.

W związku z powyższym powoływanie się na złożenie wniosku w ostatnim dniu przed upływem terminu ostatniej raty nie można potraktować jako równoznaczne z podpisaniem aneksu, ponieważ przeczy temu kopia dokumentu załączonego do treści odwołania.

Odnosnie zarzutu zawarcia aneksu do porozumienia jako przesłanka wyłączająca wykluczenie z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp.

Zamawiający podkreślił, że nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego w zakresie braku zasadności wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 8 pzp, ponieważ taka podstawa prawna nie istnieje w ustawie prawo zamówień publicznych a z dokumentacji postępowania nie wynika, aby Zamawiający dokonał czynności wykluczenia na wskazywanej przez Odwołującego kilkakrotnie podstawie prawnej.

Takie samo stanowisko zajmuje Zamawiający w zakresie wskazywanej przez Odwołującego przesłanki wykluczenia art. 24 ust. 2 pkt 8 pzp, która również w ustawie nie występuje, a którą Zamawiający się nie posłużył. Z tego też względu zarzut w całości należy uznać za niezasadny.

Ponadto Zamawiający nadal stoi na stanowisku niedopuszczalności przeprowadzania

tego dowodu w postępowaniu odwoławczym, jednakże gdyby Izba dopuściła ten dokument jako dowód, nawet mimo braku formalnego wniosku strony odwoławczej w tym zakresie, Zamawiający podniósł, co następuje. Zawarcie aneksu przesądza o konieczności dokonania tej czynności, mimo twierdzeń Odwołującego, że samo jednostronne złożenie wniosku z dnia 19.02.2020 r. należy uznać za automatyczne przedłużenie ważności naruszonego porozumienia. Gdyby złożenie wniosku było równoznaczne w wyrażeniu zgody organu na warunki wynikające z wniosku, Odwołujący nie dołączyłby aneksu. Jego zawarcie bowiem nie byłoby stronom porozumienia potrzebne do ustanowienia nowych zasad spłaty zadłużenia. Przedstawienie zawartego aneksu potwierdza zatem prawidłowość wnioskowania Zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z zasadnością przytoczonego orzeczenia sygn. 188/20 z dnia 18.02.2020 r., z dwu powodów. Po pierwsze, sytuacja przedstawiona w treści orzeczenia dotyczy spłaty całości zadłużenia po dniu składania ofert, natomiast w tej sytuacji wykonawca nadal nie potwierdził, że dokonał spłaty zadłużenia. Z tych względów sytuacja przytoczona w orzeczeniu nie przystaje do tej, zaistniałej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Orzeczenie powyższe faktycznie stanowi odzwierciedlenie motywu 85 wskazanej Dyrektywy, w której Wykonawca nieodpowiedni na pewnym etapie staje się odpowiedni poprzez dokonanie spłaty zadłużenia. Przedmiotowa sytuacja jednakże jest zupełnie inna, ponieważ Wykonawca twierdzi, że przez cały okres postępowania jest odpowiedni i przez cały czas nie zachodzą przesłanki do wykluczenia. Zatem, w najistotniejszym zakresie konstrukcji zarzutów Odwołującego cechuje pewna niekonsekwencja, do której trudno się odnieść. Treść odwołania nie uzasadnia przywoływania orzeczenia, ponieważ nie znajduje ono odzwierciedlenia w przedstawianym przez Wykonawcę stanie faktycznym.

Zamawiający zastosował podstawę prawną wykluczenia Wykonawcy art. 24 ust. 5 pkt 8 w powiązaniu z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp, na podstawie których wyklucza się z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału lub podstaw do wykluczenia. Z całej treści uzasadnienia wykluczenia Wykonawcy Alfavox Sp. z o.o. wynika jednoznacznie, że przyczyną wykluczenia Wykonawcy Alfavox Sp. z o.o. jest fakt, że podmiot na zasoby którego powołuje się Wykonawca - Nawratronik E. S. Sp. z o.o. naruszył obowiązki dotyczące płatności składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co w świetle przepisów ustawy Pzp jest nierozdzielnie ze sobą związane. Jednocześnie podkreślił, że nie znajduje uzasadnienia argumentacja prezentowana w ww. punktach 21 odwołania, że przepis art. 24 ust. 5 pkt 8 nie dotyczy Odwołującego, czyli Wykonawcy, którym bezspornie w postępowaniu jest Alfavox Sp. z o.o. Porównując brzmienie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: 8) który naruszył obowiązki dotyczące płatności podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych, z wyjątkiem przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 15, chyba że wykonawca dokonał płatności należnych podatków, opłat lub składek na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne wraz z odsetkami lub grzywnami lub zawarł wiążące porozumienie w sprawie spłaty tych należności, i brzmienie art. 2 pkt 11: Ilekroć w ustawie jest mowa o: 11) wykonawcy - należy przez to rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego, nie można twierdzić, że pozostaje on bez związku z Wykonawcą, którym jest Alfavox Sp. z o.o. Wykonawca posługujący się podmiotem, który nie wykazał braku podstaw wykluczenia, zatem nie może skutecznie wykazywać spełnienia warunków udziału w postępowaniu za pomocą tego podmiotu. Uzasadnienie przedstawione przez Odwołującego doprowadziłoby do sytuacji, że Zamawiający nigdy nie mógłby wykluczyć Wykonawcy, mimo że ten nie jest w stanie samodzielnie wykonać zamówienia i posługuje się podmiotem, za pomocą którego również nie może wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, z powodu wystąpienia podstawy wykluczenia. Posługiwanie się takimi konstrukcjami doprowadziłoby do ustawicznego zawierania umów z podmiotami, które nie gwarantują należytego wykonania zamówienia. Wskazana wyżej podstawa prawna powoływana jest w piśmie informującym Wykonawcę o wykluczeniu. Jednakże zastosowanie art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp jako samodzielnej podstawy wykluczenia również nie jest błędem, ponieważ niezależnie od przyjętej podstawy prawnej przez Zamawiającego - Wykonawca podlega wykluczeniu, albowiem Wykonawca ponosi konsekwencje w każdym przypadku posłużenia się podmiotem trzecim, który nie spełnia

wymagań Zamawiającego wskazanych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający podkreślił, że w żadnym przepisie ustawy Prawo zamówień publicznych nie ma przywołanej podstawy prawnej, która pozwalałaby na wykluczanie z postępowania podmiotów trzecich. Jednakże zgodnie z treścią art 22a ust. 3 pzp "Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5." Wszelkie pozytywne i negatywne konsekwencje dotyczące udziału podmiotu trzeciego w postępowaniu, ponosi Wykonawca, który podjął samodzielną decyzję o posłużeniu się tym podmiotem w

postępowaniu i wywołują skutki w postaci określonych decyzji Zamawiającego, wprost dla Wykonawcy składającego ofertę. Wykonawca, powołując się na potencjał podmiotu trzeciego przy wykazywaniu warunków udziału w postępowaniu, uprawnia i obliuguje jednocześnie Zamawiającego do oceny tego podmiotu i przeniesienia tej oceny wprost na Wykonawcę. Zakres przedmiotowy tej oceny obejmuje zarówno warunki udziału w postępowaniu jak i przesłanki wykluczenia. W tym przypadku Zamawiający dopuścił przesłankę fakultatywną w zapisach SIWZ, co oznacza, że od tego momentu dla wszystkich uczestników postępowania jest ona przesłanką obligatoryjną. W zakresie podmiotowym, brak tej przesłanki ma zostać zbadany zarówno u Wykonawcy jak i u podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołuje się Wykonawca przy wykazywaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe oznacza, że Zamawiający ma obowiązek (a nie prawo) wykluczyć z postępowania Wykonawcę, który nie wykazał braku tej podstawy wykluczenia. Zatem, wszelkie konsekwencje udziału podmiotu trzeciego, na który w sposób wiążący powołuje się Wykonawca, przypisane są skutkom w postaci pozytywnej lub negatywnej oceny Wykonawcy składającego ofertę. Na potwierdzenie zasadności powyższych twierdzeń Zamawiający zaprezentował cytaty z wyników kontroli UZP opublikowanych w Informatorze UZP nr 3/2019 - „W świetle przepisów ustawy Pzp ocena, czy w stosunku do podmiotu trzeciego udostępniającego swój potencjał realizują się przesłanki wykluczenia określone w art. 24 ustawy Pzp, powinna przebiegać na podstawie takich samych zasad, jakie dotyczą wykonawcy, który tym potencjałem się posługuje.” „Natomiast po stronie zamawiającego leży obowiązek oceny, czy udostępnione wykonawcy zasoby pozwalają mu na wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ocenia również, czy udostępnione zasoby umożliwiają wykonawcy należyte wykonanie zamówienia. Zamawiający bada także czy wobec podmiotu trzeciego zachodzą przesłanki wykluczenia z postępowania.”

Odnosnie podniesionego przez Odwołującego zarzutu konieczności wezwania

Wykonawcy do złożenia wszystkich dokumentów w celu powstania podstawy do wykluczenia.

Odwołujący wywodząc możliwość wykluczenia dopiero po wezwaniu do złożenia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 1 pzp, zapomina o etapie, na którym znajdowała się i zakończyła procedura oceny Wykonawcy. Podstawa do wykluczenia wykonawcy z postępowania powstała po przeanalizowaniu sytuacji prawnej, wynikającej z JEDZ podmiotu Nawrotnik E. S. Sp. z o.o. na podstawie oświadczenia, zawartego w JEDZ. Zamawiający określił, że nie ma prawa przejść do procedury art. 26 ust. 1 pzp, i wezwać Wykonawcy do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dopóki nie dokona pozytywnej oceny wstępnych oświadczeń JEDZ. W tym przypadku procedura uzupełniania JEDZ odnośnie podmiotu Nawrotnik została wyczerpana, zatem nie jest dopuszczalne powtórne wyzwanie Wykonawcy do uzupełnienia JEDZ w zakresie żądanym przez Wykonawcę, a koniecznym do konwalidowania uprzednio podjętych czynności lub zaniechań Wykonawcy w postępowaniu. Ustawa Pzp nie pozwala na przejście do dalszego etapu badania bez skutecznego potwierdzenia wstępnego oświadczenia JEDZ, niezależnie od tego, czy potwierdzenie okoliczności dotyczy Wykonawcy czy podmiotu trzeciego, na którego zasoby Wykonawca się powołuje. Po bezskutecznym uzupełnieniu oświadczenia JEDZ, tj. takim, z którego nie wynika jednoznaczne oświadczenie o braku podstawy do wykluczenia, następuje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Zatem, ocena Wykonawcy może, i powinna ostatecznie skończyć się na etapie wstępnego badania JEDZ podmiotu trzeciego, na którego potencjał powołuje się Wykonawca, jeżeli Wykonawca nie wykazał wstępnie wymagań określonych przez Zamawiającego - orzeczenie KIO 1409/19 wyrok dnia 6 sierpnia 2019 r.

W konsekwencji Wykonawca został wykluczony, a oferta wykonawcy została uznana za odrzuconą. Zarzut nieprawidłowego zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp jest o tyle niezasadny, co nieskuteczny. Uporządkowanie kwestii oferty Wykonawcy w postępowaniu było jedynie konsekwencją wykluczenia wykonawcy i w tym stanie rzeczy istotne dla wyniku postępowania było zastosowanie podstawy wykluczenia, która odpowiadała stanowi faktycznemu. Zatem różnica pomiędzy zastosowaniem art. 24 ust. 4 pzp czy art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp z uwagi na podstawy wyeliminowania Odwołującego z postępowania, nie posiada żadnej doniosłości prawnej.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp

Odwołujący nie wykazał, że nastąpiło, ani w jaki sposób, naruszenie powyższego przepisu, w sytuacji faktycznej nie posiadania przez Zamawiającego wystarczającej wartości środków na kontynuowanie procedury o udzielenie zamówienia publicznego, z uwagi na okoliczność, że wykonawca, którego oferta mieściła się w środkach Zamawiającego, został wykluczony. Zarzut naruszenia tego przepisu byłby zasady jedynie w sytuacji, gdyby Odwołujący nie został wykluczony. Postępowanie zostało unieważnione zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp, tj.

cena oferty najwyższej ocenianej spośród pozostałych ofert, która wynosiła 2 979 972, 25 zł, przewyższa kwotę jaką Zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia, tj. kwotę 2 415 043,67 zł. Zatem, w obecnym stanie Zamawiający nie posiada środków na kontynuowanie procedury. Taki stan faktyczny został podany w ogłoszeniu o unieważnieniu postępowania.

Zatem, zarzuty Odwołującego w zakresie braku przesłanek do unieważnienia postępowania winny odnosić się do uzasadnienia wskazanego przez Zamawiającego. W treści odwołania brak jest zarzutów odnośnie zasadności twierdzenia Zamawiającego, wskazanego w treści unieważnienia postępowania, że cena wskazanej oferty 2 979 972,25 zł jest wyższa niż kwota zabezpieczonych środków na realizację zamówienia. Należało zatem uznać, że Odwołujący nie przedstawił zarzutów dotyczących decyzji Zamawiającego.

Natomiast wystąpienie drugiej przesłanki, którą zawiera przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp: „zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej”, Odwołujący w ogóle nie zakwestionował. Zamawiający stwierdził, że odwołanie nie zawiera treści, która podważałaby brak możliwości Zamawiającego zwiększenia kwoty, odczytanej na otwarciu ofert. Treść odwołania w żadnym miejscu nie poświęca uwagi tej części podstawy prawnej. Na Odwołującym, zgodnie z treścią art. 190 ust. 1 Pzp spoczywa obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne. Dlatego też, jeżeli Odwołujący twierdzi, że przesłanki unieważnienia postępowania nie wystąpiły, to nie powinien poprzestać na tym stwierdzeniu tylko udowodnić naruszenie każdej z przesłanek tego przepisu, art. 93 ust. 1 pkt 4 pzp. Zatem, skoro Odwołujący nie poparł zarzutu naruszenia przesłanek wskazanego przepisu treścią, należy uznać, że nie udźwignął ciężaru dowodu w sprawie. Z tych też względów zarzut naruszenia wskazanego przepisu należy uznać za nieuzasadniony.

W związku z powyższym, na tym etapie postępowania odwoławczego Odwołujący utracił już możliwość postawienia zarzutu w tym zakresie. Zatem, nie nastąpiło żadne naruszenie przepisów ustawy, Zamawiający miał prawo i obowiązek unieważnić postępowanie. Powyższy stan faktyczny ma odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania, a Odwołujący nie kwestionuje okoliczności, że Zamawiający nie może przeznaczyć większych niż zamierzał środków, zatem nie można uznać, że odwołanie jest uzasadnione w tym zakresie.

Dowód: dokumentacja z postępowania

Reasumując, odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż: 1) twierdzenia Odwołującego, dotyczące wykazania na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego nie znajdują potwierdzenia w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, 2) próba wykazania braku podstaw do wykluczenia za pomocą dokumentu, nie przedstawianego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie może stanowić uzasadnienia skonstruowanego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp, zatem zarzut ten również nie znajduje uzasadnienia, biorąc pod uwagę zasady, którym należy hołdować, przy rozpatrywaniu odwołań.

W związku z powyższymi argumentami odwołanie powinno zostać oddalone.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki legitymujące go do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, wskazując też, że w powiązaniu z art. 24 ust. 1 pkt 12 - wobec zaistnienia obligatoryjnych przesłanek wykluczenia (pierwszej na mocy zamieszczenia jej w SIWZ, drugiej na mocy ustawy). Jednocześnie, wobec wystąpienia obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący, którego cena oferty mieściła się w kwocie przewidzianej przez Zamawiającego na realizację zamówienia, dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu posłużył się zasobem innego podmiotu (zwanego też podmiotem trzecim).

Nawratronik E. S. Sp. z o.o., zwany dalej podmiotem trzecim, udostępnił swoje zasoby Odwołującemu na podstawie oświadczenia z 19.02.2020 r.

Z dołączonego do oferty przez Odwołującego JEDZ podmiotu trzeciego wynikało, że podmiot trzeci nie wywiązał się z obowiązku płatności składek na ubezpieczenie społeczne.

W wyniku wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (pismo z 10.04.2020 r.) do uzupełnienia JEDZ podmiotu trzeciego, został złożony JEDZ z zawartym w jego treści oświadczeniem: [Wykonawca zawarł z ZUS porozumienie z dnia 25/01/2019 (aneksowane w dniu 06/09/2019) ws. spłaty należności do dnia 20/02/2020 r. Wykonawca wystąpił o zmianę warunków umowy w dniu 19/02/2020. Aktualnie w związku z upływem terminu jego realizacji procedowane jest nowe porozumienie.] Z tego wynika, że upływ terminu realizacji porozumienia nastąpił 20.02.2020 r., w dniu upływu terminu składania ofert. Wniosek o procedowanie nowego porozumienia został złożony 19.02.2020 r.

Pismem z 28.04.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, czy porozumienie z 25.01.2019 r. na które powołuje się podmiot trzeci, jest nadal wiążące. Odwołujący udzielił wyjaśnień, że porozumienie jest nadal wiążące, natomiast w uzupełnionym JEDZ podmiot trzeci „omyłkowo wskazał, że procedowane jest nowe porozumienie”. Dodał, że porozumienie zostanie zmienione w drodze

aneksu.

Na wezwanie z 29.05.2020 r. Odwołujący złożył zaświadczenie ZUS z 05.06.2020 r. o niezaleganiu przez podmiot trzeci z opłacaniem składek na ubezpieczenia społeczne i zdrowotne. Zaświadczenie z 05.06.2020 r. o niezaleganiu z opłacaniem składek potwierdza niezaleganie według stanu na dzień 05.06.2020 r., gdyż podmiot korzysta z ulgi w postaci odroczenia terminu płatności oraz układu ratalnego na spłatę należności - które nie są wymagane na dzień wydania zaświadczenia.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania (pismo z 24.06.2020 r.) na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż podmiot Nawratronik E. S. Sp. z o.o. na którego zasoby, powołuje się Odwołujący, naruszył obowiązki dotyczące płatności na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne, ze skutkiem odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zamawiający podjął decyzję na podstawie dokumentów, które zostały zastrzeżone jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 (2) ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, w związku z tym uzasadnienie nie może być udostępniane podmiotom trzecim na podstawie art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.

W odrębnym piśmie też z 24.06.2020 r. Zamawiający szczegółowo wskazał chronologię czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, treść prowadzonej korespondencji z Odwołującym wraz z obszernym uzasadnieniem decyzji o wykluczeniu Odwołującego oraz wskazaniem, że Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia i zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, takiego wykonawcę wyklucza się z postępowania.

Z uwagi na fakt, że po odrzuceniu oferty Odwołującego, cena najkorzystniejszej oferty w kwocie 2 979 972,25 zł przekroczyła kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 2 415 043,67 zł, Zamawiający unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp (pismo z 25.06.2020 r.).

Do odwołania Odwołujący załączył Aneks nr 3 do Umowy Nr 0200...002403 z dnia 25.01.2019 r. o rozłożenie na raty należności z tytułu składek. Aneks wszedł w życie 26 maja 2020 r., nie został przedłożony Zamawiającemu.

Izba zważyła

Odwołanie podlega oddaleniu wobec braku podstaw do zakwestionowania czynności Zamawiającego szczegółowo uzasadnionych w odpowiedzi na odwołanie, zreferowanej powyżej.

Odwołujący korzystając z zasobów podmiotu trzeciego (art. 22a ust. 1 i następne Pzp) dla wykazania braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie udostępnianego zasobu (art. 25a ust. 3 pkt 1 Pzp) złożył JEDZ podmiotu trzeciego,

za który ponosi odpowiedzialność włącznie ze skutkami, jak za własny dokument.

JEDZ podlegał wstępnej ocenie w ramach kwalifikacji Odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu z wynikiem negatywnym, uzasadnionym w świetle okoliczności sprawy.

Zamawiający zobowiązany był do wezwania Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3

Pzp do złożenia właściwego dokumentu podmiotu trzeciego. Odwołujący został wezwany na podstawie wskazanego przepisu, obok innych wezwań i na innych podstawach ustawy Pzp, do złożenia JEDZ podmiotu trzeciego, następnie na podstawie art. 26 ust. 4 do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący złożył poprawiony JEDZ, który nie potwierdzał niezalegania w płatności składek na ubezpieczenia społeczne.

Niewątpliwie, gdy na mocy umowy (porozumienia) z ZUS podmiot trzeci korzystał z odrębnych ustaleń co do płatności składek na ubezpieczenia społeczne, to zakończenie tego porozumienia w dniu 20.02.2020 r., tj. w dniu upływu terminu składania ofert, nie stanowi podstawy do uznania, że w toku trwającego postępowania o udzielenie zamówienia wykonawca nie zalega w płatności składek.

Podmiot udostępniający zasób wystąpił do ZUS w przeddzień upływu terminu składania ofert i w przeddzień zakończenia porozumienia (19.02.2020 r.), o procedowanie w celu uzyskania porozumienia z ZUS. Wystąpienie do ZUS nie stanowi potwierdzenia, że porozumienie zostanie zawarte i nie wystąpią zaległości w opłacaniu składek.

Dopiero na kolejne wezwanie do złożenia wyjaśnień z 29 maja 2020 r., Odwołujący w dniu 5.06.2020 r. złożył zaświadczenie o niezaleganiu w płatności składek potwierdzające brak zaległości na dzień wystawienia dokumentu.

Aneks nr 3 z 26 maja 2020 r. obowiązuje od daty złożenia podpisów na dokumencie przez obie strony. Obok podpisu przedstawiciela ZUS wskazano datę 26.05.2020 r. i z tym dniem postanowienia aneksu weszły w życie.

Dokument ten nie został złożony w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ujawniony został w postępowaniu odwoławczym.

Na każdym etapie postępowania Zamawiający może żądać dokumentów i oświadczeń na potrzeby postępowania i na każdym etapie może wykluczyć wykonawcę z postępowania, w tym za błędy podmiotu udostępniającego zasoby.

Naruszenie obowiązków w zakresie płatności składek na ubezpieczenia społeczne, czy to przez wykonawcę czy przez podmiot udostępniający zasoby, stanowi podstawę wykluczenia z postępowania wykonawcy, a nie podmiotu udostępniającego zasób, gdyż taki podmiot nie jest wykonawcą, może być ewentualnie podwykonawcą.

Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, że wykonawca nie wykazał niezalegania w opłacaniu składek poczynwszy od dnia następnego po upływie terminu składania ofert i przez dalszy okres prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Nie podzieliła domniemania Odwołującego, że aneks zawarty na podstawie umowy (porozumienia) z 29.01.2019 r. dowodzi, że wskazane porozumienie gwarantowało brak zaległości w opłacaniu składek przez cały okres postępowania o udzielenie zamówienia. ZUS skrupulatnie wskazał daty wystawienia dokumentów i daty ich obowiązywania. Podmiot trzeci oświadczył w II JEDZ - ustalone zasady i terminy płatności składek na mocy porozumienia z 29.01.2019 obowiązuja do 20.02.2020 r. Natomiast Aneks nr 3 - dokument spóźniony w stosunku do czynności Zamawiającego - wszedł w życie od 26 maja 2020 r.

Na rozprawie Odwołujący podkreślał art. 22a ust. 6 ustawy Pzp, wywodząc, że Zamawiający ma obowiązek wezwać go dodatkowo na wskazanej podstawie prawnej, niezależnie od wezwań w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

W zakresie relacji art. 22a ust. 6 i art. 26 ust. 3 ustawy Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydał opinię prawną co do interpretacji tych przepisów i ich wzajemnego oddziaływania pt. „Relacja art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”, podzielaną w pełni przez skład orzekający, w której jednoznacznie wskazano, że art. 22a ust. 6 ustawy Pzp nie wprowadza odrębnej od art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zasady uzupełniania dokumentów dla podmiotów trzecich. Zasada jednokrotnego wezwania o konkretny dokument z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ustalona w orzecznictwie zachowuje swoją moc. Art. 22a ust. 6 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełnienia dokumentu, zmianę zgłoszonego podmiotu trzeciego na inny podmiot trzeci, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie składania oferty (wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach podmiotów trzecich.

Na marginesie, należy wnioskować, że Odwołujący złożył wszelkie posiadane dokumenty w tej sprawie na etapie badania ofert przez Zamawiającego, na etapie postępowania odwoławczego Izbie. Zatem, trudno wnioskować, że w jakimkolwiek trybie

mógłby złożyć inne dokumenty wskazujące stan sprawy na dzień składania ofert i na okres prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający miał podstawy uznać, że zachodzą przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania zarówno z art. 24 ust. 5 pkt 8 Pzp jak i z 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - przepisy obligatoryjne w okolicznościach w nich wskazanych.

Przepis art. 24 ust. 4 ustawy Pzp - ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, jest podstawą uznania oferty za odrzuconą z mocy ustawy, art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp zobowiązuje zamawiającego do czynności odrzucenia oferty.

Unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia (art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp) jest naturalnym skutkiem wyeliminowania Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Skoro po wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, cena oferty ocenionej jako najkorzystniejsza przekracza kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia i kwoty tej nie może podwyższyć (poza sporem), Zamawiający jest zobowiązany unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia.

Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania

(Dz.U. z 2018 r. poz. 972).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15 000 zł zgodnie z § 3 pkt 1 lit. a rozporządzenia oraz zasądziła na rzecz Zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego - wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy (§ 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia).

Przewodniczący:.....