Sygn. akt: KIO 98/20

WYROK

z dnia 29 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 stycznia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 stycznia 2020 r. przez G. L. w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kaliska w Kaliskach

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Gminie Kaliska w Kaliskach - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy Ł. N. i dokonanie ponownej oceny ofert;

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Kaliska w Kaliskach i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez G. L. tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Kaliska w Kaliskach na rzecz G. L. kwotę 7 500 zł 00 gr

(słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Sygn. akt: KIO 98/20

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Kaliska w Kaliskach - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest pełnienie nadzoru inwestorskiego nad realizacją inwestycji pn. budowa ulicy Ogrodowej wraz z siecią kanalizacji deszczowej z odprowadzeniem do zbiornika retencyjnego w Kaliskach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 18 stycznia 2020 roku wykonawca G. L. (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego z dnia 14 stycznia 2020 r. r., w części dotyczącej wyboru oferty wykonawcy SAN - TECHNIKA Ł. N., jako najkorzystniejszej, zarzucając jej naruszenie przepisów mających istotny wpływ na wynik postępowania:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 7 ustawy P.z.p., poprzez wybór oferty Ł. N., jako najkorzystniejszej wskutek błędnego uznania przez zamawiającego, że wykonawca ten wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej określonych w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.), tj.:

- dysponowania 1 osobą do nadzorowania robót drogowych, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej do kierowania i robotami budowlanymi bez ograniczeń,

- wykazania, że jest ubezpieczony odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę nie mniejsza niż 50.000,00 zł;

wobec powyższego odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

a) nakazanie unieważnienia zaskarżonej czynności zamawiającego polegającej na

wyborze oferty wykonawcy Ł. N., jako najkorzystniejszej,

b) nakazanie zamawiającemu wykluczenie, na podst. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p., wykonawcy Ł. N.,

c) rozpoznanie sprawy na rozprawie, także w razie nieobecności odwołującego,

d) orzeczenie o kosztach postępowania wg norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zamawiający w treści s.i.w.z. określił, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

- w zakresie zdolności ekonomicznej - są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę nie mniejszą niż 50.000,00 zł (pkt 5.1.2.2 s.i.w.z.)

- w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - skierują do realizacji zamówienia publicznego 1 (jedną) osobę do nadzorowania robót drogowych, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (pkt 5.1.2.3) lit b) tiret pierwsze s.i.w.z.)

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dokonane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., wykonawca Ł. N. złożył w dniu 15.11.2019 r. dokumenty mające potwierdzać brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.:

- polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej inżynierów budownictwa,

- ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia,

- wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, gdzie wskazał pana A. S., jako osobę skierowaną do nadzorowania robót drogowych,

- zobowiązanie zakładu usługowo-projektowego „AS" H. S. do udostępnienia wykonawcy Ł. N. zasobów w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót branży drogowej.

Na podstawie dokumentów o powyższym brzmieniu zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Ł. N., o czyni poinformował odwołującego pismem z dnia 20 listopada 2019 r.

Na powyższą czynność odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2368/19). Przedmiotowe odwołanie zostało uwzględnione przez zamawiającego. W dniu 12 grudnia 2019 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty wykonawcy Ł. N. oraz wystosował do wykonawcy wybranego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. Wykonawca Ł. N. złożył w dniu 18 grudnia 2019 r. dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w dniu 14 stycznia 2020 r. ponownie wybrał ofertę wykonawcy Ł. N. jako najkorzystniejszą.

W ocenie odwołującego, czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty wykonawcy Ł. N. jako najkorzystniejszej, jest wadliwa z następujących powodów:

Wykonawca Ł. N. nie wykazał spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej. W szczególności nie wykazał, że dysponuje osobą do nadzorowania robót drogowych, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń. Odwołujący wskazał, że wykonawca Ł. N., w złożonej ofercie (strona 5) wyraźnie oświadczył (zwrot - nie dotyczy), że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach innych podmiotów. Tymczasem w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. posiłkuje się zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Odwołujący wskazał, że jest to zachowanie bezskuteczne i nie może zostać uznane, jako wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Pogląd swój odwołujący oparł na stanowisku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wyrażone w wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie 0387/14 (tzw. wyrok w sprawie Esaprojekt) oraz w wyroku KIO 1143/18. Odwołujący wskazał, że wykonawca Ł. N. nie wykazał spełniania warunku sytuacji ekonomicznej z następujących powodów:

- złożona polisa nie wskazuje podmiotu ubezpieczonego. Można jedynie domniemywać (bez jakiegokolwiek potwierdzenia w dokumentach), że polisa dotyczy podmiotu udostępniającego zasoby wykonawcy Ł. N. . Domniemanie to wynika z kolejnego (złożonego

na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.) zobowiązania zakładu usługowo - projektowego „AS" H. S., poszerzonego (w stosunku do zobowiązania złożonego na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p.) o zasoby w zakresie sytuacji ekonomicznej.

- wykonawca Ł. N.i w złożonej ofercie (strona 5) wyraźnie oświadczył (zwrot - nie dotyczy), że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu nie polega na zasobach innych podmiotów. Tymczasem w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy P.z.p. posiłkuje się zobowiązaniem podmiotu trzeciego. Odwołujący wskazał, że jest to zachowanie bezskuteczne i nie może zostać uznane, jako wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Uzasadnienie swego stanowiska odwołujący wskazał kwestionując, w analogicznym zakresie, wykazanie spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej.

- korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego w zakresie zdolności ekonomicznej (gdyby nawet zastało przewidziane przez wykonawcę Ł. N. w ofercie), wymaga zagwarantowania, że wykonawca będzie miał rzeczywisty dostęp do tych zasobów w trakcie realizacji zamówienia. W zobowiązaniu podmiotu udostępniającego zasoby w tym zakresie zawarto wyłącznie ogólnikowe stwierdzenie w brzmieniu: „sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót w branży drogowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i pełnienie funkcji inspektora nadzoru robót branży drogowej przez pracownika firmy A. S., przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia". Polisa OC ma, co do zasady, dotyczyć sytuacji wykonawcy. Jeśli jest to ubezpieczenie zawarte przez inny podmiot i na jego rzecz, to nie wystarczy samo złożenie dokumentu polisy, aby w jakikolwiek sposób sytuacja ekonomiczna wykonawcy, który samodzielnie warunku udziału w postępowaniu nie spełnia, uległa zmianie. Zobowiązanie podmiotu trzeciego w żaden sposób nie potwierdza, że poprzez udostępnianie polisy OC w celu jej przedłożenia zamawiającemu, nastąpiło jakiekolwiek wsparcie ekonomiczne wykonawcy Ł. N. przez podmiot trzeci. Wykonawca Ł. N. nie wskazał, w jaki sposób miałby zostać objęty ochroną ubezpieczeniową na podstawie umowy ubezpieczenia zawartej przez inny podmiot, nie wykazał żadnej łączącej go z ubezpieczycielem więzi prawnej, która gwarantowałaby możliwość skorzystania z ubezpieczenia za zdarzenia wywołane jego działaniem lub zaniechaniem. W niniejszej sprawie nie występują (a przynajmniej ich nie wykazano) żadne powiązanie kapitałowe czy

organizacyjne między wykonawcą Ł. N. a podmiotem udostępniającym zasoby, które mogłyby ewentualnie uprawdopodobnić rzeczywisty charakter tego udostępnienia. Co więcej, treść umowy ubezpieczenia wprost wyłącza odpowiedzialność za szkody, za które osoba objęta ubezpieczeniem jest odpowiedzialna wskutek umownego przejęcia (nawet gdyby takie istniało) odpowiedzialności cywilnej osoby trzeciej - § 8 ust. 1 pkt 1 ogólnych warunków ubezpieczenia złożonych wraz z polisą. Taki stan faktyczny, zdaniem odwołującego, przesądza o wyłącznie formalnym udostępnieniu dokumentów wykonawcy Ł. N. przez podmiot trzeci bez związku z realnym udostępnieniem zasobów i, jako taki, nie znajduje akceptacji w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (np. KIO 2931/13).,

Odwołujący podniósł, że w związku z tym, że w sytuacji poprawnego procedowania przez zamawiającego w tym postępowaniu, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza i realizowałby on zamówienie, odwołujący ma interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania. Naruszenie przepisów ustawy P.z.p. przez zamawiającego miało istotny wpływ na wynik tej sprawy. Brak uwzględnienia odwołania może narazić odwołującego na szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów tej ustawy, m.in. odwołujący może zostać pozbawiony możliwości podpisania i realizacji umowy a tym samym ponieść szkodę związaną choćby z brakiem uzyskania tego zamówienia.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 stycznia 2020 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Ustosunkowując się do zarzutów odwołania zamawiający wskazał, iż;

1. Odnośnie zarzutu dotyczącego wyboru oferty najkorzystniejszej

W ocenie zamawiającego argumentacja odwołującego w jest niesłuszna i opiera się na błędnych ustaleniach stanu faktycznego. Odwołujący złożył ofertę na Formularzu oferty stanowiącym załącznik nr 2 do s.i.w.z. W złożonym Formularzu oferty w pkt 13 oświadczył, że przedmiot zamówienia zamierza wykonać przy pomocy podwykonawców w zakresie wskazanym w załączniku nr 7 do s.i.w.z. (wykonawca wykreślił zapis o wykonaniu zamówienia siłami własnymi).

Ponadto w ww. załączniku nr 7, złożonym wraz z ofertą, wykonawca podał, że część zamówienia w zakresie nadzoru nad robotami drogowymi zamierza powierzyć podwykonawcy. Taki stan rzeczy nie zaprzecza możliwości powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Natomiast oświadczenie, na które wskazuje odwołujący, złożone na załączniku nr 3 do s.i.w.z., to oświadczenie, o którym mowa w art. 25a ust, 1 ustawy P.z.p., składane w celu wstępnego potwierdzenia przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Takie oświadczenie nie stanowi treści oferty, a ewentualne braki w tym zakresie są uzupełniane w trybie określonym w art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający zaznaczył, iż z inną sytuacją mielibyśmy do czynienia w przypadku, gdyby w samej treści Formularza ofertowego— oświadczył, że nie będzie zatrudniał podwykonawców (że wykona zamówienie siłami własnymi). Wówczas byłaby wyraźna sprzeczność z powoływaniem się na zasoby podmiotu trzeciego. Podobnie, gdyby w ofercie zawarto oświadczenie, że wykonawca nie powołuje się na zasoby innych podmiotów. Natomiast takiego oświadczenia w treści oferty nie ma, a odwołujący wyciąga błędne wnioski z treści Załącznika nr 3 (oświadczenia o spełnianiu warunków i braku podstaw do wykluczenia).

Zamawiający stwierdził, iż po unieważnieniu pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej ustalił, że skoro wykonawca podał w treści Formularza ofertowego, iż zamówienie będzie realizował przy pomocy podwykonawcy, w załączniku nr 7 podał konkretne dane tego podwykonawcy, a następnie złożył zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu niezbędnych zasobów w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, to nie ma wątpliwości, iż od samego początku wykonawca składał ofertę o takiej samej treści. Podkreślił, iż w żadnym razie treść oferty nie wskazywała, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu samodzielnie.

Zamawiający przywołał wyrok KIO przywołany w odwołaniu, tj. wyrok z dnia

21.06.2018r. sygn. akt: 1143/18, który dotyczy sytuacji, gdzie wybrany wykonawca w wyniku odpowiedzi na wezwanie zamawiającego podał w wykazie nowe wcześniej niewskazane usługi. Jednak Izba uznała akurat takie działanie za prawidłowe, a ponadto zaznaczyła, że: Wyroki TSUE dotyczą konkretnych okoliczności faktycznych i prawnych, w związku z czym stosowanie zawartych w nich dyrektyw w całkowicie innych stanach faktycznych powinno następować z dużą ostrożnością, zwłaszcza w sytuacji, gdy dano kwestia jest normowana przez przepis prawa krajowego, Wyrok z 11 maja 2017 r, w sprawie C-13U/16 (Archus et Gama) w zakresie dotyczącym zarzutów odwołania ma za przedmiot możliwość uzupełniania oferty, gdy zamawiający wymagał złożenia próbki. W wyroku z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 (Esaprojekt) TSUE sprzeciwił się takiemu uzupełnianiu dokumentów warunkujących tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie oraz związany z tym wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia (pkt 30), Trybunał doprecyzował że dotyczy to sytuacji, gdy po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna ofertą takle jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia (pkt 45).

Zamawiający stwierdził, że w badanej sprawie tako zmiana oferty nie nastąpiła, gdyż przystępujący powołał się na realizację usług wykonanych przez siebie. Tożsamość podmiotu, który wykona zamówienie nie uległa zmianie, tym samym. czynność uzupełnienia dokonana zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 P.z.p. nie przekroczyła granic wyznaczonych

przez orzeczenie C-387/14.

Zamawiający wskazał, że w ramach przedmiotowego postępowania wykonawca złożył ofertę (Formularz ofert na załączniku nr 2 do s.i.w.z.) wraz z oświadczeniem na załączniku nr 3 do s.i.w.z.

Następnie w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art, 26 ust. 2 ustawy P.z.p. wykonawca przedłożył m.in, zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia mu niezbędnych zasobów oraz inne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Taka sekwencja zdarzeń w żaden sposób nie stanowi, iż wykonawca w jakikolwiek sposób zmienił treść swojej oferty. Wykonawca jednoznacznie w swojej ofercie, od samego początku, oświadczał, że zrealizuje zamówienie przy pomocy podwykonawcy, którego szczegółowe dane podał na załączniku nr 7 do s.i.w.z. (złożonym wraz z ofertą). Zamawiający nie wymagał podania w ofercie innych informacji, w tym odnośnie powoływania się na zasoby podmiotów trzecich.

Zamawiający podniósł, iż faktem jednak jest, iż oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia odnośnie podmiotu trzeciego powinno być zamieszczone na załączniku nr 3 do s.i.w.z., czego wykonawca nie uczynił. Kolejnym faktem jest to, iż pierwotny wybór najkorzystniejszej oferty został dokonany z pominięciem uzupełnienia powyższego braku.

Zamawiający stwierdził jednakże, że na skutek unieważnienia czynności wyboru i ponownej oceny ofert zamawiający wystosował do wykonawcy wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów i oświadczeń, w tym oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu udostępniającego zasoby, tj. co wykonawca uczynił.

Zamawiający wskazał, że wbrew stanowisku odwołującego, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia nie stanowi treści oferty, a obowiązek jego złożenia wynika z dyspozycji art. 25a ust. 1 oraz ust. 3 ustawy P.z.p. Zatem, w razie stwierdzenia ewentualnych błędów lub braków w powyższym zakresie, zamawiający ma obowiązek wystosować wezwanie do uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 P.z.p.

Zamawiający wskazał, że pogląd forsowany przez odwołującego zmierza jednak do wykazania, iż w sytuacji, w której wykonawca nie złoży wraz z ofertą oświadczenia w stosunku do podmiotu, na którego zasoby się powołuje, to nie ma możliwości jego uzupełnienia, albowiem stanowiłoby to ingerencję w treść oferty. Z takim stanowiskiem w ocenie zamawiającego nie można się zgodzić. Czym innym byłoby złożenie przez wykonawcę wraz z ofertą jednoznacznego oświadczenia o woli realizacji zamówienia samodzielnie i wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu bez zasobów innych podmiotów, a następnie, na etapie badania ofert, gdyby okazały się takie zasoby

niewystarczające, powołanie się na potencjał podmiotu trzeciego. Niemniej jednak w przedmiotowym postępowaniu przetargowym wykonawca od samego początku wskazywał podwykonawcę, któremu zamierza podzlecić realizacje części' zamówienia i to ten sam podwykonawca udostępnia wykonawcy swoje zasoby (potencjał ekonomiczny, zdolność techniczną i zawodową), a zatem o zmianie oferty nie ma tu mowy.

Z powyższych względów zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu odwołującego.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego niespełnienia przez wykonawcę udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, zamawiający stwierdził, że w dniu 18.12.2019r. wykonawca Ł. N. przedłożył zobowiązanie do udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego, z którego treści wynika m.in. że udostępnia wykonawcy zasoby w zakresie ubezpieczenia od OC poprzez sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót w branży drogowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Robót Branży Drogowej przez pracownika firmy Pana A. S. przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia,

Zamawiający wskazał, że Pan A. S., jak wynika z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w dniu 15.11.2019r. (w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p.), posiada uprawnienia budowlane w specjalności konstrukcyjno-inżynieryjnej w zakresie dróg, typowych mostów i przepustów. Zaznaczył, że Pan A. S. jest członkiem Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa (co potwierdza złożone przez wykonawcę zaświadczenie Polskiej Izby Inżynierów Budownictwa nr KUO-A9R-6E9-B75).

Zamawiający zauważył, że ww. osoba podlega obowiązkowemu ubezpieczeniu z tytułu wykonywania zawodu, zgodnie z treścią art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 roku o samorządach zawodowych architektów, inżynierów budownictwa oraz urbanistów (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1117 ze zm.) oraz rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej architektów oraz inżynierów budownictwa (Dz. U. Nr 220 poz. 2174). Zgodnie z § 3 przywołanego rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 11 grudnia 2003 roku obowiązek ubezpieczenia OC powstaje w terminie do 30 dni od dnia wpisu na listę Członków izb architektów lub inżynierów budownictwa, nie później niż w dniu poprzedzającym dzień rozpoczęcia wykonywania samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Zatem Pan A. S., wpisany na listę inżynierów budownictwa, posiada stosowne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania zawodu.

W ocenie zamawiającego powyższego okoliczności świadczą jednoznacznie, iż wykonawca dysponuje niezbędnym potencjałem do realizacji przedmiotu zamówienia. Poza tym, że sam posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej (jako inżynier budownictwa w branży sanitarnej), to dodatkowo wykazał, że osoba, która będzie pełnić funkcję Inspektora Nadzoru Inwestorskiego w branży drogowej również posiada niezbędne ubezpieczenie. Takie okoliczności dają zamawiającemu podstawę do pozytywnej weryfikacji wykonawcy w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie zamawiającego pozytywna ocena spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego ubezpieczenia od OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę 50.000 zł mogłaby nastąpić już tylko na podstawie Polisy ubezpieczeniowej Nr 436000173..., która dotyczy wykonawcy. Natomiast fakt, iż osoba, która będzie pełnić funkcję Inspektora Nadzoru w branży drogowej także posiada wymagane uprawnienia i ubezpieczenie, jest dodatkowym, istotnym potwierdzeniem, iż wybrany wykonawca dysponuje niezbędnym potencjałem.

Izba ustaliła, co następuje:

Szacunkowa wartość zamówienia jest niższa od kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.z.p.

Zgodnie z pkt 5.1.2.2. i 3 s.i.w.z., o udzielenie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają m.in. następujące warunki udziału w postępowaniu:

- w zakresie zdolności ekonomicznej - są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę nie mniejsza niż 50.000,00 zł (pkt 5.1.2.2 s.i.w.z.)

- w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej - skierują do realizacji zamówienia publicznego 1 (jedną) osobę do nadzorowania robót drogowych, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów (pkt 5.1.2.3 lit. b tiret pierwsze s.i.w.z.).

Zgodnie z rozdziałem Vl pkt 6.3 s.i.w.z. wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw do wykluczenia oraz spełnienia w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby — warunków udziału w postępowaniu, zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w

rozdziale Vl pkt 6.1 s.i.w.z.,

Wykonawca Ł. N. złożył wraz z ofertą oświadczenie, w którym oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast odnośnie podmiotu, na którego zasoby się powołuje wpisał „nie dotyczy".

Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., wezwał wykonawcę Ł. N., pismem z dnia 8 listopada 2019 roku do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wybrany wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 50 000,00 zł, wykazu usług wykonanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie oraz wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (wg załącznika nr 5 do SIWO; wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających posiadane kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, niezbędne do wykonania zamówienia. Wykonawca winien wykazać, że skieruje do realizacji zamówienia publicznego osoby, posiadające kwalifikacje zawodowe, uprawnienia, niezbędne do wykonania zamówienia publicznego, tj.:

a) 1 (jedną) osobę do nadzorowania robót drogowych, która posiada uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności inżynieryjnej drogowej bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów;

b) 1 (jedną) osobę do nadzorowania robót instalacyjnych, która posiada uprawnienia budowlane w specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń cieplnych, wentylacyjnych, gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń, lub odpowiadające im ważne uprawnienia budowlane, które zostały wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, dokonane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., wykonawca Ł. N. złożył, w dniu 15.11.2019, dokumenty mające potwierdzać brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.:

- polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej inżynierów budownictwa,

- ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia,

- wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia gdzie wskazał pana A. S., jako osobę skierowaną do nadzorowania robót drogowych,

- zobowiązanie Zakładu Usługowo-Projektowego „AS" H. S. do udostępnienia wykonawcy wybranemu zasobów w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót branży drogowej.

Na podstawie dokumentów o powyższym brzmieniu zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy, o czyni poinformował odwołującego pismem z dnia 20 listopada 2019 r.

Na powyższą czynność odwołujący wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt: KIO 2368/19). Przedmiotowe odwołanie zostało uwzględnione przez zamawiającego. W dniu 12 grudnia 2019 r. zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty Ł. N. oraz wystosował do niego wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p.

Zamawiający wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w następującym zakresie:

1. W związku z tym, że w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 08.11.2019 r. w trybie art. 26 ust, 2 ustawy PZP do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu Wykonawca przedłożył m.in. zobowiązanie H. S. prowadzącej Zakład Usługowo Projektowy „AS" do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, tj, kwalifikacje zawodowe, wiedza i doświadczenie w branży drogowej poprzez osobiste pełnienie funkcji inspektora nadzoru robót branży drogowej do dnia 3108.2020r. — Zamawiający wezwał do wyjaśnienia - dlaczego w Wykazie osób został podany Pan A. S. do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru branży drogowej skoro zgodnie z treścią ww. zobowiązania zasoby w postaci kwalifikacji zawodowych oraz wiedzy i doświadczenia w branży drogowej i uprawnienia „budowlane udostępnia Pani H. S.?

Zamawiający wezwał także do wyjaśnienia na jakiej zasadzie Wykonawca dysponuje ww. osobą do pełnienia funkcji Inspektora Nadzoru branży drogowej (Pan A. S. w sposób pośredni (zgodnie z informacjami podanymi w Wykazie osób) ?

Jeżeli zaś Wykonawca w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania osobą do nadzorowania robot drogowych powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego to fakt ten powinien w sposób jednoznaczny wynikać z przedłożonego zobowiązania.

W związku z tym Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentów w powyższym zakresie tak, aby jednoznacznie wynikało jakie zasoby zostały Wykonawcy udostępnione j jak będą wykorzystane w ramach realizacji przedmiotowego zamówienia.

2. Wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę nie mniejszą niż 50 00000 zł— przedłożył Polisę ubezpieczeniową odpowiedzialności cywilnej inżynierów budownictwa Nr 436000173... .

Natomiast w związku z tym, że przedmiot zamówienia obejmuje usługi nadzoru inwestorskiego zarówno w branży sanitarnej, jak j w branży drogowej, Zamawiający wskazał, że ubezpieczenie od OC powinno obejmować ten zakres.

Jednakże w związku z tym, że na podstawie przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów Zamawiający nie może ustalić, na jakiej podstawie Wykonawca dysponuje Inspektorem Nadzoru branży drogowej, tj. Panem A. S. (zobowiązanie nie wskazuje, że podmiot trzeci udostępnia Wykonawcy tę osobę), nie można uznać, że przedłożona Polisa ubezpieczeniowa potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu w całym wymaganym zakresie. Jakkolwiek w ocenie Zamawiającego przedłożenie Polisy ubezpieczenia OC Inżynierów Budownictwa może być uznana za wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w niniejszym postępowaniu (zakres przedmiotu zamówienia obejmuje pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru, a zatem pokrywa się z zakresem ubezpieczenia ww. Polisy), to jednak powinna ona obejmować cały zakres przedmiotu zamówienia. Natomiast na podstawie przedłożonych dokumentów Zamawiający może uznać tylko Polisę ubezpieczeniową w stosunku do Inspektora Nadzoru branży sanitarnej. Odnośnie Inspektora Nadzoru branży drogowej, tj. Pana A. S., Zamawiający nie dysponuje dokumentami, które potwierdzałyby że Wykonawca dysponuje ww. osoba no podstawie zobowiązania. Powyższa osoba nie znajduje się również w zasobach własnych Wykonawcy (podano przez Wykonawcę podstawa dysponowania „Pośrednie").

Mając na uwadze powyższe Zamawiający wezwał do uzupełnienia dokumentu zobowiązania podmiotu trzeciego, który będzie potwierdzał również udostępnienie Wykonawcy zasobów w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (oddanie do dyspozycji Wykonawcy osoby do pełnienia funkcji branży drogowej powinno obejmować również udostępnienie w zakresie ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności).

Względnie Zamawiający wezwał do przedłożenia innego dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż 50.000,00 zł,

W odpowiedzi na powyższe wezwanie zamawiającego wykonawca Ł. N. przedłożył:

1) Oświadczenie na załączniku nr 3 do s.i.w.z., dotyczące także braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu, na którego zasoby się powołuje, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia na załączniku nr 5a do s.i.w.z., w którym Zakład Usługowo-Projektowy „AS" H. S., oświadczył, że zobowiązuje się do oddania wykonawcy zasobów w zakresie:

1) Udostępnienia osoby— kwalifikacji zawodowych, wiedzy i doświadczenia w branży drogowej pracownika firmy Pana A. S. poprzez osobiste pełnienie przez niego funkcji Inspektora Nadzoru Branży Drogowej;

2) Wiedzy i doświadczenia w sprawowaniu nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót w branży drogowej przy budowie dróg lub ulic o nawierzchni asfaltowej;

3) Sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez udostępnienie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie sprawowania nadzoru inwestorskiego w branży

drogowej,

Jednocześnie ww. podmiot oświadczył, że powyższe zasoby będą wykorzystane

poprzez:

1) Pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Robót Branży Drogowej przez pracownika firmy

— Pana A. S.

2) W zakresie udostępnionej wiedzy i doświadczenia — podmiot będzie uczestniczyć w realizacji zamówienia poprzez sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót w branży drogowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;

3) W zakresie ubezpieczenia OC — poprzez sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad

realizacją robot w branży drogowej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia i pełnienie funkcji Inspektora Nadzoru Robót Branży Drogowej przez pracownika firmy A. S., przez cały okres realizacji przedmiotowego zamówienia

Dodatkowo wykonawca Ł. N. przedłożył Polisę Ubezpieczenia OC Inżynierów Budownictwa Nr oraz Ogólne Warunki Ubezpieczenia OC z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia (dotyczące Zakładu Usługowo-Projektowego).

Na podstawie oceny powyższych dokumentów i oświadczeń zamawiający ustalił, iż brak jest podstaw do wykluczenia w stosunku do wykonawcy Ł. N., w związku z tym oferta tego wykonawcy została wybrana jako najkorzystniejsza. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty pismem z dnia 14 stycznia 2020 roku.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne.

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 myśl art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się

wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Po myśli ust. 1b pkt 3, warunki mogą dotyczyć zdolności technicznej lub

zawodowej.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu". W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych" rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia - nie spełnia")."

W myśl art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie zaś z art. 25a. 1 pkt 1 ustawy P.z.p., do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Stosownie do ust. 3 pkt 2 wskazanego artykułu, wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Analiza wskazanych powyżej norm wskazuje na to, że wykonawca obowiązany jest złożyć wraz z ofertą oświadczenie, że spełnia ustalone w postępowaniu warunki udziału w postępowaniu. Warunki te muszą być spełnione przez wykonawcę na dzień składania ofert. Równocześnie, to jest w złożonej ofercie, wykonawca, który dla wykazania warunku polega na zasobach podmiotu trzeciego, powinien poinformować o tych podmiotach zamawiającego.

Wykonawca Ł. N. złożył wraz z ofertą oświadczenie, w którym oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast odnośnie podmiotu, na którego zasoby się powołuje wpisał „nie dotyczy". W ocenie Izby wykonawca oświadczył tym samym, że w dniu składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu samodzielnie i nie polegał w tym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego.

Izba nie podziela tu stanowiska zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, iż z treści oferty nie wynika, że wykonawca spełnia wskazane wyżej warunki samodzielnie. Ze złożonych przez wykonawcę Ł. N. wynika, iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu i nie polega w tym zakresie na zasobach podmiotu trzeciego, ergo - polega wyłącznie na zasobach własnych. Odmienna interpretacja złożonych oświadczeń byłaby nieuprawniona.

W szczególności o tym, iż wykonawca Ł. N. nie polega przy wykazaniu spełniania

warunków udziału w postępowaniu na zasobach podmiotu trzeciego, nie świadczy fakt, iż w formularzu ofertowym oświadczył, że zamówienie będzie realizował przy pomocy podwykonawcy. Wskazać należy, że ustawodawca rozróżnia podmioty, na których zasobach polega wykonawca, od podwykonawców, którym zamierza powierzyć wykonanie części zamówienia (vide: art. 25a ust. 3 i 5 ustawy P.z.p.).

W wyroku z dnia 8 stycznia 2019 r., KIO 2597/18, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do art. 22a ust. 1 i 4 ustawy P.z.p., uznała, że „ustawodawca w art. 22a ustawy Pzp nie posłużył się pojęciem „podwykonawca". Przepis art. 22a ust. 1 ustawy Pzp dotyczy sytuacji, w której wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Zgodzić należy się z Odwołującym, iż w kontekście art. 22a ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane, w praktyce udział podmiotu trzeciego udostępniającego wykonawcy określony wyżej potencjał najczęściej przybierze formę podwykonawstwa. Jednakże dostrzec trzeba, iż ocena przez zamawiającego realności udostępnienia wykonawcy niezbędnych zasobów następuje, w szczególności poprzez przedstawienie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia."

W wyniku wezwania z dnia 8 listopada 2019 roku, wykonawca Ł. N. złożył w dniu 15.11.2019 r., dokumenty mające potwierdzać brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj.:

- polisę ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej inżynierów budownictwa,

- ogólne warunki ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzenia działalności gospodarczej lub użytkowania mienia,

- wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia, gdzie wskazał pana A. S., jako osobę skierowaną do nadzorowania robót drogowych,

- zobowiązanie Zakładu Usługowo-Projektowego „AS" H. S. do udostępnienia wykonawcy wybranemu zasobów w zakresie pełnienia funkcji inspektora nadzoru robót branży drogowej.

W wyniku kolejnego wezwania, wystosowanego w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego odwołania o sygnaturze akt: KIO 2368/19 wykonawca Ł. N. złożył

1) Oświadczenie dotyczące także braku podstaw do wykluczenia w stosunku do podmiotu, na którego zasoby się powołuje, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu;

2) Zobowiązanie do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia na załączniku nr 5a do s.i.w.z., w którym Zakład Usługowo-Projektowy „AS" H. S., oświadczył, że zobowiązuje się do oddania wykonawcy zasobów w zakresie:

1) Udostępnienia osoby— kwalifikacji zawodowych, wiedzy i doświadczenia w branży drogowej pracownika firmy Pana A. S. poprzez osobiste pełnienie przez niego funkcji Inspektora Nadzoru Branży Drogowej;

2) Wiedzy i doświadczenia w sprawowaniu nadzoru inwestorskiego nad realizacją robót w branży drogowej przy budowie dróg lub ulic o nawierzchni asfaltowej;

3) Sytuacji ekonomicznej i finansowej poprzez udostępnienie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie sprawowania nadzoru inwestorskiego w branży drogowej (wraz z polisą ubezpieczenia OC).

Analiza wskazanych wyżej dokumentów wskazuje na to, że wykonawca Ł. N. w dniu wyznaczonym na składanie ofert nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej oraz technicznej lub zawodowej. Dopiero z dokumentów

złożonych na wezwanie zamawiającego wynika, że wykonawca polega na zasobach podmiotu trzeciego, czego nie wskazał w złożonej ofercie.

Izba wskazuje na treść wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt, z którego wynika, co następuje:

Zasady równego traktowania i niedyskryminacji oraz obowiązek przejrzystości stoją na przeszkodzie negocjacjom między instytucją zamawiającą a oferentem w ramach postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego, w związku z czym co do zasady oferta nie może być modyfikowana po jej złożeniu ani z inicjatywy instytucji zamawiającej, ani oferenta. Wynika stąd, że instytucja zamawiająca nie może żądać wyjaśnień od oferenta, którego ofertę uważa za niejasną lub niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. . C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 62 i przytoczone tam orzecznictwo).

Trybunał zaznaczył jednak, że art. 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub sprostowania oczywistej omyłki (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 63 i przytoczone tam orzecznictwo).

W tym celu instytucja zamawiająca musi zapewnić w szczególności, żeby żądanie wyjaśnienia oferty nie prowadziło do rezultatu porównywalnego w istocie z przedstawieniem przez oferenta nowej oferty (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 64 i przytoczone tam orzecznictwo).

Ponadto, korzystając z przysługującego jej swobodnego uznania w zakresie możliwości zwrócenia się do kandydatów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować kandydatów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie kandydata lub kandydatów, do których żądanie takie skierowano (wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r., Partner A. D., C-324/14, EU:C:2016:214, pkt 65 i przytoczone tam orzecznictwo).

W niniejszym przypadku Konsultant Komputer przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. W szczególności, jak wskazano w pkt 27 niniejszego wyroku, wykonawca ten wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym.

Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominającą raczej przedstawienie nowej oferty.

Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii, takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18.

W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające.

Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w

postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.

W ocenie Izby wskazany wyżej wyrok jest adekwatny do rozpoznawanej sprawy. Wykonawca Ł. N. nie składał co prawda dokumentów wraz z ofertą, lecz złożył oświadczenie, z którego wynikało, że nie będzie korzystał z zasobów podmiotu trzeciego. Następnie zaś złożył dokumenty zmieniające złożone wcześniej oświadczenie. Z wniosków wskazanych w wyroku TS wynika, że tego rodzaju działanie jest niedopuszczalne i - tym samym - brak jest podstaw do uznania, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego, wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie, iż w związku z tym, że wykonawca Ł. N. złożył wraz z ofertą oświadczenie, w którym odnośnie podmiotu, na którego zasoby się powołuje, wpisał „nie dotyczy", należy uznać, że wymagane oświadczenie zgodnie z rozdz. VI pkt 6.3. s.i.w.z. nie zostało złożone. W ocenie Izby sformułowanie „nie dotyczy" wpisane przy informacjach dotyczących podmiotu trzeciego, oznacza, że wykonawca nie powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p., 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.

Z powyższego wynika, iż dyspozycja art. 26 ust. 3 dotyczy sytuacji, w których wymagane jest uzupełnienie oświadczenia bądź jego poprawienie lub wyjaśnienie. Nie jest jednak dopuszczalne dokonanie w tym trybie zmiany oświadczenia złożonego wcześniej w treści oferty.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.