

WYROK

z dnia 25 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2021 r. przez wykonawcę PITERPARTS INDUSTRY S.A. z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu,

przy udziale wykonawcy KSB Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Broniszach zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu Spółce Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu unieważnienie czynności wezwania (pismo z dnia 21 września 2021 r.) wykonawcy PITERPARTS INDUSTRY S.A. z siedzibą w Katowicach do zastąpienia podmiotu, na zasobach którego wykonawca ten polega innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania obciąża: zamawiającego Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PITERPARTS INDUSTRY S.A. z siedzibą w Katowicach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PITERPARTS INDUSTRY S.A. z siedzibą w Katowicach, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2 zasądza od zamawiającego Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu na rzecz wykonawcy PITERPARTS INDUSTRY S.A. z siedzibą w Katowicach kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2904/21

Spółka Restrukturyzacji Kopalń S.A. z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Zamawiający” lub „SRK”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 19 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) - zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp” w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Dostawa agregatów głębinowych dla pompowni „Jan Kanty” w ramach zadania „Zmiana systemu odwadniania w pompowni Jan Kanty Oddziału CZOK ze stacjonarnego na głębinowy” dla SRK S.A. Oddział Centralny Zakład Odwadniania Kopalń”, znak sprawy: ZP-CZOK-0008/21 (dalej: „Postępowanie”). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 2 kwietnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 065-163421. Wartość zamówienia jest większa niż progi unijne wskazane w art. 3 ust. 1 Pzp.

W dniu 1 października 2021 r. wykonawca PITERPARTS INDUSTRY S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej: „Odwołujący” lub „Wykonawca”) wniósł odwołanie wobec czynności podjętych przez Zamawiającego w Postępowaniu. Wykonawca zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 122 Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 125 ust. 5 Pzp w zw. § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415 - dalej: „rozporządzenie w sprawie podmiotowych środków dowodowych”) - przez żądanie zastąpienia podmiotu, na zasobach którego Odwołujący polega (Andritz AG) innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu, w związku z brakiem wykazania, że wobec Andritz AG nie zachodzą podstawy wykluczenia wskazane w art. 108 ust. 1 Pzp, w sytuacji gdy Wykonawca złożył dla tego podmiotu wszystkie dokumenty wymienione w SWZ, jakich Zamawiający wymagał na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia z postępowania dla podmiotu udostępniającego zasoby i żaden z wymaganych przez Zamawiającego dokumentów nie został zakwestionowany.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny, że wobec podmiotu udostępniającego Wykonawcy zasoby tj. Andritz AG zachodzą podstawy wykluczenia oraz unieważnienie wezwania Odwołującego do zastąpienia podmiotu, na zasobach którego Odwołujący polega Andritz AG innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu (wezwanie z dnia 21 września 2021 r.).

W uzasadnieniu odwołania Wykonawca podniósł, że wezwanie Zamawiającego z dnia 21 września 2021 r. i przedstawioną w nim argumentację należy uznać za niezasadne. Problem w tym stanie faktycznym stanowi interpretacja postanowień SWZ i przepisów (w tym przepisów Pzp i aktu wykonawczego do Pzp) w zakresie dokumentów wymaganych od podmiotu udostępniającego zasoby na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia tego podmiotu z Postępowania.

Zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych Zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 5 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Przepis § 5.3 stosuje się odpowiednio.

W § 9 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (akt wykonawczy do poprzednio obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”) wskazano, że Zamawiający żąda od wykonawcy, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w § 5 pkt 1-9. O ile w postępowaniach wszczętych do 31 grudnia 2020 r. żądanie dokumentów podmiotowych wymienionych w § 5

pkt 1-9 rozporządzenia w sprawie dokumentów dla podmiotu udostępniającego zasoby (w tym KRK dla urzędujących członków organów zarządzających, nadzorczych, wspólników i prokurentów w przypadku wykonawców innych niż osoby fizyczne) było obligatoryjne, o tyle w postępowaniach wszczętych na podstawie nowej ustawy Pzp, ustawodawca przewidział jedynie możliwość żądania dokumentów wymienionych w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych (w tym KRK dla urzędujących członków organów zarządzających, nadzorczych, wspólników i prokurentów w przypadku wykonawców innych niż osoby fizyczne). Zamawiający może ich wymagać, ale nie musi zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych nie jest to obligatoryjne. Wobec tego Zamawiający powinien wskazać w SWZ których konkretnie dokumentów z § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych w zakresie podmiotu udostępniającego zasoby żąda.

W pkt 8.3 SWZ Zamawiający wskazał, że w przypadku, gdy najwyżej zostanie oceniona oferta złożona przez wykonawcę polegającego na zasobach podmiotu udostępniającego, a także gdy Zamawiający skorzysta z uprawnienia 126 ust. 2 Pzp, wykonawca obowiązany jest do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia podmiotu udostępniającego zasoby. Pozostałe podmiotowe środki dowodowe mogą być złożone wspólnie. Zamawiający wymagał więc złożenia dokumentów w zakresie braku podstaw wykluczenia w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby, nie wskazał jednak wprost o jakie dokumenty chodzi. Należało więc przyjąć, że do podmiotu udostępniającego zasoby odnosi się pkt 9.1 SWZ („W celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia zamawiający wymaga złożenia”).

Zamawiający wymienił w pkt 9.1 SWZ wszystkie dokumentów, jakich wymaga od wykonawców w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania. W odniesieniu do informacji z Krajowego Rejestru Karnego Zamawiający ograniczył się do żądania zaświadczenia w zakresie wskazanym w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp - zaświadczenie dla wykonawcy będącego osobą fizyczną w zakresie wymienionych w tym przepisie przestępstw, oraz w art. 108 ust. 1 pkt 4 Pzp - w zakresie orzeczenia o zakazie ubiegania się o zamówienia publiczne. Zamawiający nie wskazał wymogu przedstawienia dokumentu na potwierdzenie braku karalności za przestępstwa wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp dla urzędujących członków organów zarządzających, nadzorczych, wspólników i prokurentów w przypadku wykonawców innych niż osoby fizyczne (art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp). To samo wynikało również z pierwszego wezwania do uzupełnienia dokumentów skierowanego do Odwołującego - wezwania z dnia 17 sierpnia 2021 r.

W opinii Wykonawcy Zamawiający nie był więc uprawniony do uznania, że Odwołujący nie wykazał braku podstawy wykluczenia podmiotu udostępniającego mu zasoby firmy Andritz AG, o której mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp tj. w zakresie braku karalności urzędujących członków organów zarządzających, nadzorczych, wspólników i prokurentów za przestępstwa wymienione w art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp, bowiem Odwołujący zgodnie z SWZ nie był zobowiązany do wykazania tej okoliczności.

Zgodnie z art. 134 ust. 1 pkt 9 Pzp SWZ zawiera co najmniej: wykaz podmiotowych środków dowodowych. Skoro Zamawiający nie postawił w SWZ wymogu w zakresie przedstawienia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp (nie umieścił tego w wykazie podmiotowych środków dowodowych), to po upływie terminu składania ofert nie może się ich domagać, nie może rozszerzać katalogu dokumentów, których wymaga od wykonawców i żądać dokumentów, których nie wskazał w SWZ. Żądania Zamawiającego wykraczają więc poza zakres określony w SWZ.

Odwołujący stwierdził, że gdyby po analizie SWZ powziął wiedzę, że Zamawiający wymaga przedstawienia dla podmiotu udostępniającego zasoby informacji z Krajowego

Rejestru Karnego w zakresie, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp (lub ich zagranicznych odpowiedników), to rozpocząłby starania o ich uzyskanie niezwłocznie po podjęciu decyzji o udziale w Postępowaniu. Biorąc pod uwagę, że Odwołujący powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, który jest spółką zagraniczną, a z uwagi na pandemię koronawirusa urzędy na całym świecie w dalszym ciągu nie działają w normalnym trybie, uzyskanie tych dokumentów wymaga dużo więcej czasu. W toku Postępowania, po tym jak Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełniania przedmiotowych dokumentów, Wykonawca zadeklarował gotowość ich uzyskania (pomimo, że z SWZ nie wynikał taki obowiązek), jednak z uwagi na powyższe okoliczności potrzebował w tym celu więcej czasu - Zamawiający nie wyraził jednak zgody na przesunięcie terminu do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów.

Zgodnie z art. 119 Pzp Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz jeżeli to

dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Zamawiający w pkt 7.1 SWZ przewidział co prawda, że z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie wykluczał wykonawców w okolicznościach wskazanych w art. 108 ust. 1 Pzp (w tym art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp), a przepis ten stanowi o obligatoryjnych przesłankach wykluczenia, jednak wskazał konkretny katalog dokumentów, których żąda na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia. Wobec tego Wykonawca nie mógł przypuszczać, że katalog ten nie jest wyczerpujący i że zostanie on przez Zamawiającego rozszerzony na etapie uzupełniania dokumentów po upływie terminu składania ofert.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający przewidział w SWZ przesłanki wykluczenia z art. 108 ust. 1 Pzp nie oznacza automatycznie, że Wykonawca był zobowiązany złożyć w odniesieniu do podmiotu udostępniającego zasoby wszystkie dokumenty wymienione w rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych, nawet jeżeli nie zostały one wskazane w SWZ. Jeżeli Zamawiający wymagał przedstawienia tych dokumentów - informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp, to analogicznie jak w przypadku dokumentów na potwierdzenie braku przesłanek wykluczenia z art. 108 ust. 1 pkt 1 i 4 Pzp powinien je wskazać w treści SWZ, czego nie zrobił.

Zdaniem Wykonawca przedstawiona powyżej argumentacja jednoznacznie potwierdza, że wezwanie skierowane do Odwołującego w dniu 21 września 2021 r. było błędne. Zamawiający nie miał podstaw do uznania, że podmiot udostępniający zasoby podlega wykluczeniu z Postępowania, a co za tym idzie nie miał również podstaw do żądania od Odwołującego zastąpienia podmiotu, na zasobach którego Odwołujący polega (Andritz

AG) innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca prawidłowo wykazał bowiem, że podmiot udostępniający zasoby Andritz AG nie podlega wykluczeniu, przedstawił na tę okoliczność wszystkie dokumenty, których Zamawiający wymagał w SWZ. Wymaganie od Wykonawcy dokumentów, które nie zostały wskazane w SWZ i wyciąganie z ich nieprzedstawienia negatywnych dla Wykonawcy konsekwencji, stanowi naruszenie przepisów Pzp, w tym zasady przejrzystości i zasady równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na odwołanie w postaci pisma „Odpowiedź na odwołanie” w treści którego wnosił o:

- I. oddalenie odwołania w całości,
- II. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów:
 - wezwania Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2021 roku;
 - wezwania Zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2021 roku;
 - wezwania Zamawiającego z dnia 21 września 2021 roku;

W uzasadnieniu SRK przedstawiło następującą argumentację. W ocenie Zamawiającego, zarzuty Odwołującego są bezzasadne, wobec czego odwołanie zasługuje na oddalenie. Zamawiający podtrzymał swoją decyzję o prawidłowości uznania, że podmiot udostępniający zasoby Andritz AG podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp, a w konsekwencji zasadności skierowania wezwania z dnia 21 września 2021 r. do zastąpienia na podstawie art. 122 Pzp tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo do wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wezwaniem z dnia 17 sierpnia 2021 roku, Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp oraz 9.5. SWZ do złożenia aktualnych środków dowodowych podmiotu udostępniającego zasoby tj. Andritz AG potwierdzających okoliczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt 9 SWZ. Następnie wezwaniem z dnia 30 sierpnia 2021 roku na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Zamawiający wezwał do uzupełnienia aktualnych środków dowodowych podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy tj. Andritz AG potwierdzających, że nie zachodzą obligatoryjne podstawy wykluczenia o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp (pkt 1 i 2). Celem wyjaśnienia wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 sierpnia 2021 r. Odwołujący przedłożył informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu Andritz AG jak również dla osób, które w toku postępowania

reprezentowały podmiot Andritz AG tj. Christian Steiner, Karl Eickhoff, Werner Hoblinger,

Alfred Ottowitz, Karl Andreas Schulte. Jednakże, w ocenie Zamawiającego w celu zbadania czy wobec podmiotu udostępniającego swoje zasoby (Andritz AG) nie zachodzą obligatoryjne przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ust 1 ustawy Wykonawca winien dodatkowo złożyć zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla wszystkich członków zarządu jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta.

W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów Odwołujący złożył zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla Członków Zarządu i prokurentów. Nie zostały jednak dołączone zaświadczenia dla Członków Rady Nadzorczej a część złożonych zaświadczeń dla prokurentów było nieaktualnych (zaświadczenia z 2020 r.). Dodatkowo, Odwołujący złożył oświadczenie, że zgodnie z obowiązującym austriackim prawem wszystkie osoby fizyczne, które w myśl § 13 (Austriacki Kodeks Handlowy) są karane, zostają z urzędu wykreślane z Dokumentu Rejestracyjnego Firmy (KRS).

Zamawiający zwracał uwagę na fakt, iż na tamtym etapie postępowania Odwołujący nie kwestionował wezwania Zamawiającego z dnia 30 sierpnia 2021 r. do uzupełnienia aktualnych środków dowodowych podmiotu udostępniającego zasoby, w celu, że nie zachodzą obligatoryjne podstawy wykluczenia o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp. Wręcz przeciwnie, Odwołujący częściowo spełnił żądanie Zamawiającego i złożył m.in. zaświadczenia z KRK dla Członków Zarządu i prokurentów Andritz AG. Przede wszystkim Odwołujący wówczas nie podnosił, iż w treści SWZ nie zawarto wymogu żądania złożenia dokumentu potwierdzającego brak podstaw wykluczenia, w zakresie o jakim mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W związku z brakiem złożenia przez Odwołującego żądanych dokumentów, wezwaniem z dnia 21 września 2021 roku, Zamawiający na podstawie art. 122 Pzp zażądał zastąpienia podmiotu, na zasobach którego Odwołujący polegał innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że Wykonawca pod nazwą Andritz AG, na którego zasoby Odwołujący się powołał podlegał wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 125 ust. 5 ustawy, gdyż Odwołujący nie wykazał braku podstaw wykluczenia tj. nie wykazał, że urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta prawomocnie nie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 ustawy. Zamawiający podkreślał, że dopiero na tym etapie postępowania (mimo uprzednich wezwań) kiedy Zamawiający wskazał, iż Odwołujący nie wykazał, że podmiot, na zasobach których polegał, nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy Odwołujący podjął decyzję o kwestionowaniu samego uprawnienia Zamawiającego do żądania dokumentów na okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W świetle powyższego zdaniem SRK odnotowania wymaga, że zgodnie z pkt 7.1. SWZ Zamawiający przyjął, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w okolicznościach wskazanych w art. 108 ust. 1 ustawy (w tym na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp). Ponadto, badaniu przez Zamawiającego pod kątem podlegania wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, każdy z wykonawców występujących wspólnie, jak też podmiot udostępniający wykonawcy zasoby w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. na podstawie art. 118 Pzp. Pokreślenia wymaga, iż w pkt 8.3. SWZ Zamawiający przyjął, że w przypadku, gdy najwyżej zostanie oceniona oferta złożona przez wykonawcę polegającego na zasobach podmiotu udostępniającego, a także gdy Zamawiający skorzysta z uprawnienia, o którym mowa w art. 126 ust. 2 Pzp, wykonawca obowiązany jest do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego. Nie można zatem przyjąć za Odwołującym, iż zgodnie z SWZ nie był zobowiązany do wykazania, iż wobec podmiotu udostępniającego zasoby nie zachodzą podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W ocenie Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu może on kształtować samodzielnie w granicach określonych w art. 112 Pzp, natomiast katalog podstaw wkluczenia został wskazany w komentowanym art. 108 oraz 109 Pzp i ma charakter zamknięty. Artykuł 108 Pzp dotyczy obligatoryjnych przesłanek wykluczenia, czyli takich, które stanowią podstawę wykluczenia wykonawcy z mocy prawa. Natomiast fakultatywne przesłanki, o których mowa w art. 109 Pzp, stanowią podstawę wykluczenia tylko w przypadku, gdy zamawiający przewidział taką okoliczność w ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Zamawiający dokonuje weryfikacji, czy zachodzą okoliczności wypełniające przesłanki wykluczenia na podstawie oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 Pzp, oraz podmiotowych środków dowodowych, których dotyczą art. 124 i 126 -127 Pzp. Według Zamawiającego wprost w treści SWZ odwołał się do

obligatoryjnych podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp oraz wskazał, iż w sytuacjach tam wskazanych wykonawca będzie podlegał wykluczeniu. Oceny tej nie może zmienić okoliczność, iż w pkt 9.1. SWZ (odnoszący się do wykonawców) Zamawiający nie wskazał, iż informacja z Krajowego Rejestru Karnego winna zostać przedłożona również w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp (obok żądania przedstawienia tej informacji w zakresie z art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp). Obligatoryjne podstawy wykluczenia, które w postępowaniu muszą być badane niezależnie od woli Zamawiającego, zaś żądanie podmiotowych środków dowodowych jest wtórne wobec określenia podstaw wykluczenia. Co istotne, Odwołujący wiedząc, iż z mocy ustawy podlega weryfikacji pod kątem wykluczenia z postępowania, zdawał sobie sprawę, iż będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa art. 108 ust. 1 pkt 1 Pzp (art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp). Nie wpływa na to fakt, iż Odwołujący złożył oświadczenie, że zgodnie z obowiązującym austriackim prawem wszystkie osoby fizyczne, które w myśl § 13 (Austriacki Kodeks Handlowy) są karane, zostają z urzędu wykreślane z Dokumentu Rejestracyjnego Firmy (KRS).

W tym zakresie w opinii SRK podkreślić należało, że zgodnie z § 4 ust. 3 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych tylko jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego oraz oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego wyrażone w pismach procesowych oraz na rozprawie Izba ustaliła, co następuje.

W SWZ Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

7.1. Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, w okolicznościach wskazanych w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp.

8.4. W przypadku, gdy najwyżej zostanie oceniona oferta złożona przez wykonawcę polegającego na zasobach podmiotu udostępniającego, a także gdy Zamawiający skorzysta z uprawnienia, o którym mowa w art. 126 ust. 2 ustawy Pzp, wykonawca obowiązany jest do przedstawienia podmiotowych środków dowodowych służących potwierdzeniu braku podstaw do wykluczenia podmiotu udostępniającego. Pozostałe podmiotowe środki dowodowe mogą być złożone wspólnie.

9.1. W celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia zamawiający wymaga złożenia:

(...)

2. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

9.2. Jeżeli wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami

Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast

1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego, o której mowa w pkt 9.1.2 - składa informację z

odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, w zakresie, o którym mowa w

pkt 9.1.2.

Pismem z dnia 17 sierpnia 2021 r. „Wezwanie do złożenia/uzupełnienia dokumentów” Zamawiający podał: „Działając na podstawie art. 126 ust.1 ustawy PZP oraz na podstawie pkt 9.5 SWZ Zamawiający wzywa do złożenia aktualnych środków dowodowych podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp tj. Andritz AG potwierdzających okoliczności spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt. 9 SWZ:

1. informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem”.

Następnie pismem z dnia 30 sierpnia 2021 r. „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów” Zamawiający podał: „Działając na podstawie art. 128 ust.1 ustawy PZP Zamawiający wzywa do uzupełnienia aktualnych środków dowodowych podmiotu udostępniającego zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp tj. Andritz AG potwierdzających, że nie zachodzą obligatoryjne podstawy wykluczenia o których mowa w art. 108 ust. 1 PZP (pkt 1 i 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 17.08.2021 r. L. dz. SRK/NZ/3093/21/PW złożyliście Państwo informacje z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu Andritz AG jak również dla osób, które w toku postępowania reprezentowały podmiot Andritz AG tj. Christian Steiner, Karl Eickhoff, Werner Hoblinger,

Alfred Ottowitz, Karl Andreas Schulte. Jednakże w celu zbadania czy wobec podmiotu udostępniającego swoje zasoby (Andritz AG) nie zachodzą obligatoryjne przesłanki wykluczenia określone w art. 108 ust 1 ustawy PZP Wykonawca winien przedłożyć zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla wszystkich urzędujących członków zarządu jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta. Jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa powyżej lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w tym punkcie, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, że wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone przed notariuszem lub przed organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy. Wobec powyższego Zamawiający wzywa Państwa do uzupełnienia oferty o brakujące zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla pozostałych Członków Zarządu, Członków Rady Nadzorczej oraz prokurentów wymienionych w KRS Podmiotu Andritz AG”.

Kolejno w piśmie z dnia 21 września 2021 r. „Wezwanie do złożenia dokumentów”

podano:” Zamawiający działając na podstawie art. 122 z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.; zwana dalej: PZP), żąda zastąpienia podmiotu, na zasobach którego Państwo polegacie innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca pod nazwą ANDRITZ AG, na którego zasoby Państwo się powołujecie podlega wykluczeniu na podstawie art. 108 ust. 1 pkt 2) w związku z art.125 ust. 5 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 roku, gdyż nie wykazał braku podstaw wykluczenia tj. nie wykazał, że urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta prawomocnie nie skazano za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp. (...) Działając na podstawie art. 126 ust.1 ustawy PZP oraz pkt 9.5 SWZ Zamawiający pismem z dnia 17.08.2021 r. L.dz. SRK/NZ/3093/21/PW wezwał Państwa do złożenia aktualnych środków dowodowych podmiotu udostępniającego zasoby na

zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp tj. potwierdzających, że nie zachodzą obligatoryjne podstawy wykluczenia o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp m.in. do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyliście Państwo podmiotowe środki dowodowe w zakresie informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla podmiotu Andritz AG jak również dla osób, które w toku postępowania reprezentowały podmiot Andritz AG tj. Christian

Steiner, Karl Eickhoff, Werner Hoblinger, Alfred Ottowitz, Karl Andreas Schulte. Zamawiający działając na podstawie art. 128 ust.1 ustawy PZP pismem z dnia 30.08.2021 r. L.dz. SRK/NZ/3264/21/PW wezwał Państwa do uzupełnienia aktualnych środków dowodowych podmiotu udostępniającego zasoby tj. Andritz AG w zakresie zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego dla wszystkich urzędujących członków zarządu jego organu zarządzającego lub nadzorczego, współnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta, potwierdzających, że nie zachodzą obligatoryjne podstawy wykluczenia o których mowa w art. 108 ust. 1 Pzp (pkt. 1 i 2). W odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia przedłożyliście Państwo zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego dla Członków Zarządu i prokurentów. Nie zostały jednak dołączone zaświadczenia dla Członków Rady Nadzorczej a część złożonych zaświadczeń dla prokurentów jest nieaktualnych (zaświadczenia z 2020 r.) tj.: Engelbert Liebmingner - 23.07.2020 r. Andreas Lukas - 23.07.2020 r. Solveig Vitz - 30.07.2020 r. Heinz Autischer - 26.06.2020 r. Klaus Glatz - 23.06.2020 r. David Wentz - 25.06.2020 r. Arthur Stingl - 26.06.2020 r. Olaf Muller - 04.07.2020 r. Gerd Reisner - 07.07.2020 r. Marko Tero Taplo Rantala - 06.07.2020 r. Herald Karl Reissner - 07.07.2020 r. Monika Tott 08.07.2020 r. Bjorn Hansen - 07.07.2020 r. Helmut Woginger - 22.06.2020 r. Wolfgang Lashofer - 14.07.2020 r.

Oliver Sulzermaier - 30.06.2020 r. Josef Franz Nibler - 21.07.2020 r. Złożyliście Państwo również oświadczenie, że zgodnie z obowiązującym austriackim prawem wszystkie osoby fizyczne, które w myśl § 13 (Austriacki Kodeks Handlowy) są karane, zostają z urzędu wykreślane z Dokumentu Rejestracyjnego Firmy (KRS). Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy tylko jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, nie wydaje się dokumentów, o których mowa w ust. 1, lub gdy dokumenty te nie odnoszą się do wszystkich przypadków, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4, art. 109 ust. 1 pkt 1, 2 lit. a i b oraz pkt 3 ustawy, zastępuje się je odpowiednio w całości lub w części dokumentem zawierającym odpowiednio oświadczenie wykonawcy, ze wskazaniem osoby albo osób uprawnionych do jego reprezentacji, lub oświadczenie osoby, której dokument miał dotyczyć, złożone pod przysięgą, lub, jeżeli w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania nie ma przepisów o oświadczeniu pod przysięgą, złożone przed organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem, organem samorządu zawodowego lub gospodarczego, właściwym ze względu na siedzibę lub miejsce zamieszkania wykonawcy.

W związku z powyższym nie wykazaliście, iż podmiot, na zasobach których polegacie, nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 ustawy PZP. Wobec powyższego Zamawiający żąda zastąpienia podmiotu, na zasobach którego Państwo polegacie innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania

warunków udziału w postępowaniu. (...)"

Izba zważyła co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Izba za konieczne uznała przytoczenie przepisów Pzp, których naruszenie Zamawiającemu zarzucał Odwołujący oraz tych, na które wskazywał w swojej argumentacji Zamawiający i Przystępujący, które zostały powołane poniżej.

Zgodnie z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę: jeżeli urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, wspólnika spółki w spółce jawnej lub partnerskiej albo komplementariusza w spółce komandytowej lub komandytowo-akcyjnej lub prokurenta prawomocnie skazano za przestępstwo, o którym mowa w pkt 1.

Według art. 119 Pzp Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy.

Przepis art. 122 Pzp stanowi, że jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą, wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przepis art. 124 Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający:

- 1) żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie braku podstaw wykluczenia;
- 2) może żądać podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji.

Według art. 125 ust. 5 Pzp wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniem, o którym mowa w ust. 1, także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Natomiast zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych Zamawiający może żądać od wykonawcy, który polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, przedstawienia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 i 3-7 oraz ust. 2, dotyczących tych podmiotów, potwierdzających, że nie zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia z postępowania. Przepis § 3 stosuje się odpowiednio.

Zaś przepis § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia stanowi, że w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, zwanego dalej „postępowaniem”, zamawiający może żądać następujących podmiotowych środków dowodowych:

- 1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:
 - a) art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”,
 - b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,
 - c) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy,

d) art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy, dotyczącej ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu,

e) art. 109 ust. 1 pkt 3 ustawy, dotyczącej skazania za przestępstwo lub ukarania za wykroczenie, za które wymierzono karę aresztu

- sporządzonej nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem.

Izba po dokonaniu wszechstronnej i wyczerpującej analizy zgłoszonych zarzutów stwierdziła, że zasługują one na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie (zreferowanej powyżej) i był właściwie pomiędzy stronami bezsporny. Strony różniły się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej. Jedynie celem przypomnienia Izba wskazuje, że Zamawiający w piśmie z dnia 21 września 2021 r. stwierdził, że Odwołujący względem podmiotu na zasobach, którego polega (tj. Andritz AG) nie wykazał braku podstaw do wykluczenia i jednocześnie wezwał go do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w postępowaniu.

U podstaw stwierdzenia przez Izbę, że ww. wezwanie Zamawiającego należy uznać za niezasadne legła następująca argumentacja.

Dostrzeżenia wymaga, że w treści SWZ wskazał co prawda wymóg, aby wykonawca oraz podmiot udostępniający wykonawcy swoje zasoby nie podlegał wykluczeniu z postępowaniu co zostało wskazane w ustaleniach Izby. Niemniej jednak odnotowania wymaga, że w pkt 9.1 „Wykaz podmiotowych środków dowodowych” Zamawiający jednoznacznie wskazał, że przy weryfikacji tego rodzaju okoliczności wymaga informacji z KRK w zakresie podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1 oraz pkt 4 Pzp. Zamawiający nie zażądał złożenia środka dowodowego w zakresie wykazania podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp do których referował w treści wezwania z dnia 30 sierpnia 2021 r. jak również w piśmie z dnia 21 września 2021 r.

Nie budzi żadnych wątpliwości Izby, że w postępowaniach powyżej tzw. „progów unijnych” Zamawiający jest zobowiązany do weryfikacji obligatoryjnych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania zawartych w art. 108 Pzp a także dokonania ww. sprawdzenia względem podmiotu na zasobach, którego ten wykonawca polega celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku Zamawiający zgodnie z przepisem art. 134 ust. 1 pkt 9 Pzp zobowiązany do zamieszczenia informacji o żądanych od wykonawców dokumentach w treści SWZ, tj. wskazania wykazu podmiotowych środków dowodowych. Przy tym Zamawiający powinien uwzględniać regulacje zawarte w

rozporządzeniu w sprawie podmiotowych środków dowodowych, które powołano powyżej a w treści, którego wskazano stosowny katalog tych środków. Jest to o tyle istotne, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia właśnie na podstawie podstawowego dokumentu jakim jest specyfikacja dokonują analizy możliwości uczestnictwa w

postępowaniu a także czynią przygotowania do udziału w postępowaniu i przygotowują ofertę. W związku z tym, skoro SWZ należy traktować jako swoistą instrukcję zawierającą reguły postępowania to Zamawiający nie może dokonywać ich zmiany na późniejszym etapie, tj. po złożeniu ofert, ponieważ Odwołujący działając w zaufaniu do prawidłowości i kompletności tego dokumentu sporządzał ofertę oraz gromadził i kompletował wymagane dokumenty. Zatem skoro Zamawiający w treści SWZ nie wymagał tego rodzaju dokumentów na potwierdzenie karalności jak zaświadczenia z KRK dla urzędujących członków organów zarządzających, nadzorczych, wspólników i prokurentów w przypadku spółek to powyższego braku nie może konwalidować po złożeniu ofert i żądać od wykonawców wylegitymowania się tego rodzaju dokumentami, których nie wskazał i nie opisał w SWZ.

Izba nie podziela zapatrywań Przystępującego, że Odwołujący jako profesjonalista widząc niespójność treści SWZ powinien zadać pytanie Zamawiającemu. Izba zwraca uwagę, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie pełni roli organu kontrolnego, aby kwestionować poprawność działania i czynności Zamawiającego a to niewątpliwie właśnie Zamawiający jest gospodarzem postępowania i jako taki podmiot powinien zatroszczyć się o jego prowadzenie zgodnie z przepisami obowiązującego prawa.

Za chybioną Izba uznaje również argumentację Przystępującego, który odwoływał się do art. 124 pkt 1 Pzp, ponieważ jak słusznie zauważył Odwołujący dyspozycja owego przepisu nie jest skierowana do wykonawców a do Zamawiającego a niezastosowania się do

niej nie może powodować negatywnych konsekwencji po stronie Odwołującego. Analogicznie należy odnieść się do powołanego przez Przystępującego przepisu art. 119 Pzp, który stanowi między innymi, że Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz, jeżeli to dotyczy, kryteriów selekcji, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem wykonawcy. Tym samym zasadnym jest stwierdzenie, że Zamawiający względem podmiotu udostępniającego zasoby zobowiązany jest to badania podstaw wykluczenia w aspekcie tych które zostały przewidziane względem wykonawcy. Co istotne, w tym przypadku również względem wykonawcy Zamawiający nie wskazał obowiązku złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z tych względów argumentację Przystępującego należy uznać za nietrafną.

W konsekwencji Izba uznała również za błędną argumentację Zamawiającego, który opierając się wyłącznie o wskazanie w SWZ przepisu art. 108 ust. 1 Pzp dowodził, że jest uprawniony do żądania zaświadczeń z KRK względem podmiotu udostępniającego zasoby Odwołującemu uznając brak ich wskazania w treści specyfikacji za wtórne. Izba nie zgadza się z tego rodzaju stanowiskiem, ponieważ gdyby chcieć uznać za prawidłową tego rodzaju argumentację to wówczas Zamawiający każdorazowo po otwarciu ofert mógłby rozszerzać katalog podmiotowych środków dowodowych co Izba uznaje za niedopuszczalne.

Jeśli chodzi o stanowisko związane z tym, że Odwołujący po wezwaniu go do uzupełnienia dokumentów nie kwestionował czynności wezwania to Izba wskazuje, że za przekonującą uznała argumentację Odwołującego, który wyjaśniał, że nie kwestionował tej czynności z uwagi na brak możliwości poniesienia szkody, bowiem Zamawiający wciąż nie zakończył procesu badania i oceny jego oferty w tym aspekcie. Tym samym stwierdzić należy, że wówczas Zamawiający mógł podjąć różnorakie decyzje, w tym taka, że biorąc pod uwagę treść SWZ dotyczącą podmiotowych środków dowodowych brak jest podstaw do uznania, że podmiot udostępniający zasoby Wykonawcy podlega wykluczeniu z Postępowania.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że w rozpoznawanej sprawie w pełni potwierdziły się zarzuty zawarte w odwołaniu, tj. naruszenia art. 122 Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 125 ust. 5 Pzp w zw. z § 5 ust. 1 rozporządzenia w sprawie podmiotowych środków dowodowych czego konsekwencją było uwzględnienie przez Izbę odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania (pismo z dnia 21 września 2021 r.) Odwołującego do zastąpienia podmiotu, na zasobach którego wykonawca ten polega innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania samodzielnego spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Zgodnie z art. 557 Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2904/21 zgodnie z art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437) obciążyła Zamawiającego. Izba wskazuje, że na koszty postępowania odwoławczego w kwocie 18 600 zł, na którą składał się koszt wpisu od odwołania oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika, uiszczone przez

Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: