

WYROK

Warszawa, 27 marca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
10 marca 2025 r. przez odwołującego SKB Drive Tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie w postępowaniu
prowadzonym przez zamawiającego: Polregio spółka akcyjna siedzibą
w Warszawie
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: PESA Mińsk Mazowiecki spółka akcyjna
z siedzibą w Mińsku Mazowieckim

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.
3. Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę oraz 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga
za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień
Publicznych.

Przewodniczący

Uzasadnienie

Polregio spółka akcyjna siedzibą w Warszawie (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego

pn. „Naprawa zespołów napędowych - naprawa zespołów napędowych elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57ALc, EN57ALd; ED72Ac, EN57FPS oraz EN57AL -

nr postępowania: PZP1.240.1735.2024, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane 7 sierpnia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, numer publikacji ogłoszenia: 476543-2024, numer wydania Dz.U. S: 153/2024.

10 marca 2025 r. wykonawca SKB Drive Tech spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie (dalej: Odwołujący), wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1.art. 122 Pzp w zw. z art. 226 ust, 1 lit. pkt 2 lit c) Pzp, poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wskazania innego podmiotu spełniającego warunki udziału w postępowaniu, w sytuacji, w której zdaniem Zamawiającego w stosunku do jednego podwykonawców zachodziły podstawy jego wykluczenia, a ponadto nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego, gdy już
z samej jej treści wynika, że Odwołujący dysponuje zasobami innego podwykonawcy mogącego w całości zastąpić wykluczonego podwykonawcę, co w konsekwencji doprowadziło do:
 - a) wykluczenia jednego z podwykonawców a następnie do nieuprawnionego odrzucenia całej oferty Odwołującego, który w trakcie postępowania
w przedmiocie udzielenia zamówienia przedstawił najkorzystniejszą ofertę oraz spełniał wszystkie warunki udziału w postępowaniu zamówieniowym niezależnie od tego czy jeden z podwykonawców został wykluczony czy też nie;
 - b) odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy wykluczenie zdaniem Zamawiającego dotyczyło wyłącznie

podwykonawcy;

2.art. 128 ust. 1, 2 i 4 Pzp w zw. z art. 125 ust. 1 Pzp, poprzez wyjaśnienie Odwołującemu przyczyn odrzucenia jego oferty oraz braków jakich ten rzekomo dopuścił się na etapie przedkładania podmiotowych środków dowodowych w zakresie podstaw wykluczenia jednego z podwykonawców dopiero na etapie sporządzenia uzasadnienia odrzucenia oferty, a także do nieponowienia precyzyjnego wezwania Odwołującego

do uzupełnienia braków formalnych w sytuacji, gdy poprzednie wezwanie Odwołującego nie spełniało wymagań przewidzianych dla tego typu wezwań podczas gdy precyzyjne i jednoznaczne wskazanie uchybień jakich dopuścił się Odwołujący

w zakresie uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących podstaw wykluczenia jednego z podwykonawców oraz sposób usunięcia tych uchybień powinien mieć miejsce na etapie wzywania Odwołującego do ich uzupełnienia,

co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, który w trakcie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia przedstawił najkorzystniejszą ofertę oraz spełnił wszystkie warunki udziału

w zamówieniu;

a w konsekwencji naruszenia powyższych:

3.art. 17 ust. 2 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 lit. pkt 2 lit c) Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób niezgodny z przepisami, tj. naruszający zasadę legalizmu

i zasadę przejrzystości, podczas gdy Zamawiający jest obowiązany do udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy oraz w oparciu

o wcześniej ustalone kryteria co w konsekwencji doprowadziło do nieuprawnionego odrzucenia oferty Odwołującego, który w trakcie postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia przedstawił najkorzystniejszą ofertę oraz spełnił wszystkie warunki udziału w zamówieniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2.wezwania w sposób jednoznaczny i szczegółowy Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w zakresie potwierdzenia braku podstaw wykluczenia CAF;
ewentualnie

3.wezwania Odwołującego do zastąpienia CAF innym podmiotem w trybie art. 122 PZP; a ponadto:

4.powtórzenia czynności badania i oceny ofert złożonych w ramach postępowania o udzielenie Zamówienia.

20 marca 2025 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł

o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności

treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron

i Przystępującego oraz zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła,

co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkie wnioskowane przez Strony dowody pisemne.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 4 SWZ przedmiotem zamówienia jest: „jest naprawa zespołów napędowych

na zamówienia Zamawiającego składanych w okresie 12 miesięcy – zdemontowanych przez Zamawiającego z elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN57ALc, EN57ALd; ED72Ac, EN57FPS oraz EN57AL, w dalszej część Umowy zwanych „Zespołami”, składających

się z następujących podzespołów:

1)Zespół napędowy – SKODA/WIKOV

a)przekładni dwustopniowej typu AWHC495Z firmy Wikov MGI a.s.;

b)silnika trakcyjnego typu ML3845 K/4 firmy SKODA ELECTRIC a.s.;

- c)zestawu kołowego napędnego typu 42MN z wózków napędowych typu 6Bm (koła obręczowane);
- 2)Zespół napędowy – TSA/Gmeinder
 - a)przekładni dwustopowej typu GGM 275 SO/549 firmy Anton-Gmeinder;
 - b)silnik trakcyjnego typu TMF 50-29-4 firmy TSA;
 - c)zestawu kołowego napędnego typu 42MN z wózków napędowych typu 6Bm (koła obręczowane)”.

Zamawiający ustanowił następujący warunek udziału w postępowaniu (§ 6 ust. 2 SWZ):

„Wykonawca musi wykazać, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał naprawę minimum 6 szt. zespołów napędowych składających się z zestawu kołowego, przekładni dwustopniowej i silnika asynchronicznego o mocy min. 200 kW stanowiących napęd pojazdu kolejowego lub należycie wykonał naprawę minimum:

- 1)6 szt. zestawów kołowych napędnych do pojazdów kolejowych, i
- 2)6 szt. przekładni dwustopniowych do pojazdów kolejowych, i
- 3)6 szt. silników asynchronicznych o mocy min. 200 kW do pojazdów kolejowych”.

Zamawiający wskazał również (§ 6 ust. 7):

„Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, z uwzględnieniem postanowień § 7 ust. 6”.

Zamawiający przewidział w § 6 ust. 8 SWZ, że jeżeli zdolności podmiotu, o którym

mowa w ust. 6, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału

w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:

- 1)zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2)wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Przytoczenia wymagają jeszcze następujące postanowienia SWZ:

7 ust. 2 SWZ:

„Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta nie podlega odrzuceniu i została oceniona najwyżej (w przypadku gdy odbędzie się aukcja elektroniczna – niezwłocznie po jej zakończeniu, a w przypadku gdy aukcja się nie odbędzie ze względu na brak minimum

2 ważnych ofert – niezwłocznie po zbadaniu oferty) do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie, aktualnych na dzień ich złożenia, podmiotowych środków dowodowych,

z zastrzeżeniem ust. 3, tj.:

- 1)informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:
 - a)prawomocnego skazania za przestępstwo art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp,
 - b)art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

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

7 ust. 5 SWZ:

„Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje

się na ich zasoby, warunków udziału w Postępowaniu, składa dokumenty wymienione

w ust. 1, na zasadach określonych w ust. 1”.

7 ust. 7 SWZ:

„Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy Pzp, musi wraz z ofertą przedstawić w odniesieniu do tych podmiotów dokumenty wymienione w ust. 1 i 2”.

Odwołujący w ofercie wskazał, że będzie polegał na zasobach podmiotów udostępniających potencjał i powierzy wykonanie części zamówienia następującym wykonawcom:

- 1.CAF MiIRA, J.M. Iturrioz, 26, 20200 Beasain (dalej: CAF) - naprawa zestawów kołowych,
- 2.ELKOM RENICE sp. z o.o. z siedzibą w Myśliborzu - naprawa silników trakcyjnych,
- 3.ASCO RAIL SP. z o.o. z siedzibą w Pyskowicach (dalej: ASCO) - naprawa zestawów kołowych.

Obaj podwykonawcy - CAF i ASCO złożyli oświadczenia, że w przypadku, gdyby Zamawiający udzielił zamówienia

Odwołującemu to podmiot zobowiązuje się: „do oddania temu Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, zgodnie z art. 118 ustawy Prawo zamówień publicznych, polegającego na wykorzystaniu: Wykonanie naprawy zestawu kołowego napędowego typu 42MN z wózków napędowych typu 6Bm (koła obręczowane) – w ilości do 50 sztuk”.

Oba ww. podmioty udzieliły swojego potencjału w tym samym zakresie i zobowiązały

się do realizacji tego samego przedmiotu zamówienia. Odwołujący na potrzebę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu posłużył się doświadczeniem dwóch podmiotów, przy czym każde z nich było wystarczające do wykazania spełnienia warunku (w odpowiedniej jego części).

17 października 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

W odpowiedzi, w wyznaczonym terminie Odwołujący złożył dokumenty, w tym z Krajowego Rejestru Karnego (dalej: Krk) dotyczące wykonawcy ASCO oraz CAF, przy czym w przypadku CAF były to dokumenty hiszpańskie i dotyczyły spółki oraz jednej osoby – pana J.A.M.

Ponieważ na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu Zamawiający nie kwestionował spełniania warunku udziału w postępowaniu przez ASCO w dalszej części przedstawiony zostanie stan faktyczny tylko w odniesieniu do podmiotu CAF.

14 listopada 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego wezwanie:

„W imieniu Zamawiającego POLREGIO S.A. działając na podstawie art. 126 ust 1 ustawy Pzp, w związku z art. 118 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 2 w związku z § 6 ust. 7 specyfikacji warunków zamówienia, zwanej dalej: SWZ, wzywam do złożenia aktualnych podmiotowych środków dowodowych dla podmiotów, które udostępniły zasoby w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu tj.: dla (...)

CAF MiIRA, J.M. Iturrioz, 26, 20200 Beasain:

1) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

a) prawomocnego skazania za przestępstwo art. 108 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp,

b) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, dotyczącej orzeczenia zakazu ubiegania

się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego,

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

Wezwanie dotyczyło również innych kwestii dotyczących podmiotów udzielających potencjału Odwołującemu. W zakresie informacji z przytoczonej części wezwania Odwołujący nie udzielił odpowiedzi ani nie złożył żadnych dokumentów.

13 grudnia 2024 r. Zamawiający skierował do Odwołującego kolejne wezwanie:

„I. Wezwanie do złożenia wyjaśnienia w zakresie podmiotowych środków dowodowych (...).

Wykonawca wraz ze złożoną ofertą złożył JEDZ podmiotu trzeciego, w którym wskazał:

• w Części II: Informacje dotyczące wykonawcy w sekcji A: Informacje na temat wykonawcy zawiera informacje –

Nazwa: CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR

DE FERROCARRILE S.A. (CAF).

• w sekcji B: informacje na temat przedstawicieli wykonawcy jako osobę upoważnioną do reprezentowania: J.A.M.

(...), stanowisko: CEO CAF MiIRA, CAF S.A.

natomiast Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby zawiera wskazanie podmiotu: CAF MiIRA (J.M. Iturrioz, 26 20200 Beasain Hiszpania).

Jednocześnie Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych przedkłada dokument dotyczący podmiotu CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILE S.A. (dalej CAF).

W związku z powyższym Zamawiający zwraca się o wyjaśnienie czy podmiotem udostępniającym zasoby jest CONSTRUCCIONES Y AUXILIAR DE FERROCARRILE S.A. (CAF), czy też inny podmiot z grupy CAF MiIRA?

II. Wezwanie do złożenia uzupełnienia w zakresie podmiotowych środków dowodowych

W imieniu Zamawiającego, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu aktualnych na dzień ich złożenia

w ramach ww. postępowania, tj.: (...)

IV. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie:

1) art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) lit. b SWZ Wykonawca w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania zobowiązany był do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, w zakresie skazania za przestępstwo, o którym mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp urzędującego członka jego organu zarządzającego lub nadzorczego, lub prokurenta.

Wykonawca nie dołączył informacji z odpowiedniego rejestru potwierdzającego aktualny skład zarządu, rady nadzorczej lub powołaniu prokurentów.

W związku z powyższym Zamawiający, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z postępowania wzywa do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego dla wszystkich urzędujących członków jego organu zarządzającego lub nadzorczego lub prokurenta Wykonawcy.

Zamawiający informuje, iż złożony certyfikat z Centralnego Rejestru Sprawców Ciężkich Przestępstw Karnych dla Pełnomocnika - Pana J.A.M. nie jest wymagany przepisami ustawy Pzp.

2) art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) lit. b SWZ Wykonawca w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia z postępowania zobowiązany był do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie art. 108 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, potwierdzającej że Wykonawca nie ma prawomocnego orzeczenia zakazu ubiegania się o zamówienie publiczne tytułem środka karnego.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego Wykonawca złożył kopię certyfikatu, który został wystawiony jako dokument elektroniczny poświadczoną za zgodność z oryginałem przez osoby reprezentujące Wykonawcę.

Zamawiający wyjaśnia - zgodnie z brzmieniem § 6 ust. 1 Rozporządzenia w przypadku, gdy podmiotowe środki dowodowe zostały wystawione przez upoważnione podmioty inne niż wykonawca, Wykonawca przekazuje ten dokument jako dokument elektroniczny.

W związku z powyższym Zamawiający, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z postępowania, wzywa do złożenia dokumentu z Krajowego Rejestru Karnego jako dokumentu elektronicznego (...).

W odpowiedzi Odwołujący złożył m. in. hiszpański odpowiednik Krk dla spółki oraz pana M.O. i pani B.L.

Odwołujący złożył również oświadczenie podmiotu CAF, w którym przedstawiony został skład Rady Dyrektorów oraz wyjaśnienie:

„Jedynie Pan M. O. i Pani B. L. pełnią funkcje wykonawcze – co oznacza, że tylko ci członkowie Rady Dyrektorów / Zarządu reprezentują spółkę na zewnątrz i są uprawnieni do zaciągania zobowiązań w imieniu spółki – co odpowiada funkcjom członków zarządu w polskim systemie prawnym. Wyżej wymienieni Członkowie Zarządu mogą działać jednoosobowo, wszyscy pozostali członkowie wymienieni formalnie powyżej działają jedynie jako doradcy, nie mając prawnych uprawnień do reprezentowania Spółki (odpowiednik Dyrektorów Departamentów w polskim systemie prawnym).

Zostało to stwierdzone w ostatnim rocznym raporcie / sprawozdaniu zarządu przedstawionym za rok finansowy 2023. Raport za rok 2024 zostanie opublikowany w czerwcu 2025 r., zgodnie z wymogami hiszpańskiego prawa dla spółek publicznych. Informacje te są publicznie dostępne:

<https://www.cafmobility.com/en/shareholders-investors/corporate-governance/boarddirectors-committees/>

W hiszpańskim systemie prawnym nie istnieje centralny rejestr spółek, w którym określany byłby aktualny skład zarządu, co mogłoby stanowić dowód powyższych oświadczeń”.

Zgodnie z powyższym oświadczeniem podmiotu CAF jego Rada Dyrektorów liczy 10 osób.

28 lutego 2025 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m. in.

„W toku Postępowania Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Państwa do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia. W szczególności, zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1) lit. a) SWZ, Wykonawca zobowiązany był do złożenia informacji z Krajowego Rejestru Karnego (KRK) dla urzędujących członków organu zarządzającego i nadzorczego, a także prokurentów Wykonawcy, potwierdzających brak skazania za przestępstwa, o których mowa w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, lub złożenia zamiast dokumentów z Krajowego Rejestru Karnego na podstawie

§ 7 ust. 9 pkt 1) SWZ, jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, informacji z odpowiedniego rejestru albo, w przypadku braku takiego rejestru, innego równoważnego dokumentu wydanego przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania lub miejsce zamieszkania ma osoba, której dotyczy informacja albo dokument.

Z uwagi na to, że Wykonawca na wezwanie Zamawiającego nie złożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający działając zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Państwa do uzupełnienia braków w dokumentacji. Pomimo tego wezwania, Wykonawca nie dostarczył wymaganych zaświadczeń lub dokumentów równoważnych dla wszystkich członków Rady Dyrektorów, które miałyby potwierdzić brak skazania za przestępstwa wskazane w art. 108 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Z treści złożonego dokumentu 16_oswiadczenie_zarzad_cafsa_tlumaczenie_2097362.pdf wynika że Rada Dyrektorów (Zarząd) CAF składa się z następujących członków (...).

Zamawiający wskazuje, że Wykonawca miał obowiązek dostarczyć wymagane zaświadczenia lub dokumenty równoważne, które powinny obejmować wszystkie osoby wymienione powyżej, natomiast Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających brak wykluczenia

z postępowania dla niżej wymienionych osób (...).

Brak dostarczenia wymaganych dokumentów, mimo wezwania do ich uzupełnienia, stanowi podstawę do odrzucenia oferty na mocy art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp, ponieważ Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia”.

Odwołujący nie podniósł zarzutu skierowanego przeciwko wynikowi oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez podmiot CAF, mimo, że uważał tą ocenę

za nieprawidłową. Stąd, biorąc pod uwagę art. 555 Pzp, Izba uznała za niesporną okoliczność, że Odwołujący nie wykazał, by CAF nie podlegał wykluczeniu z postępowania.

Stan faktyczny ustalony został na podstawie przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania. Izba stwierdziła, że między powyższymi ustaleniami, a stanem przedstawionym w uzasadnieniu odwołania występują różnice co do chronologii i kolejności niektórych zdarzeń, ale są one pomijalne z punktu widzenia oceny decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego i jej podstaw prawnych i faktycznych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba uznała, że zarzuty odwołania nie potwierdziły się.

Na wstępie podkreślić należy istotną różnicę między uznaniem, że określony podmiot podlega wykluczeniu z postępowania, a stwierdzeniem, że podmiot nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu z postępowania.

Zamawiający stwierdza, że podmiot podlega wykluczeniu, gdy ma komplet informacji, które pozwalają na tak jednoznaczne stwierdzenie. Dokumenty i informacje w oparciu o które zamawiający dokonuje oceny winien uzyskać od wykonawcy (w granicach określonych

w przepisach prawa może korzystać również z innych źródeł, ale ten aspekt jest pomijalny

na gruncie tej sprawy). Przyjmując zatem pewne uproszczenie – jest to sytuacja,

gdy wykonawca wypełnił swoje obowiązki dotyczące poinformowania zamawiającego

o dotyczących wykonawcy (bądź odpowiednio – podmiotów trzecich) kwestiach podmiotowych, a zamawiający na tej podstawie ustalił istnienie podstaw do wykluczenia.

Z kolei stwierdzenie zamawiającego, że podmiot nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu świadczy o tym, że wykonawca nie przekazał zamawiającemu wszystkich informacji niezbędnych do jednoznacznego ustalenia statusu podmiotowego. Tym samym wynik „wykonawca nie wykazał braku podstaw do wykluczenia” to skutek, za który odpowiada wykonawca, który nie zrealizował w pełni obowiązku wykazania braku tych podstaw.

Różnica między obu przypadkami jest znacząca, czego wyrazem jest choćby istnienie

w ustawie dwóch, odrębnych podstaw prawnych do odrzucenia ofert:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania,

2.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp - Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa

w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Wyjaśnienie tych różnic jest niezbędne wobec sposobu sformułowania przez Odwołującego zarzutu nr 1 odwołania, gdzie pojawiło się twierdzenie, że Zamawiający uznał, że podmiot CAF podlegał wykluczeniu z postępowania. Twierdzenie to nie znalazło potwierdzenia w stanie faktycznym ustalonym przez Izbę w oparciu o dowody zgromadzone w sprawie. Zamawiający nie uznał, że CAF podlega wykluczeniu, ale że Odwołujący nie wykazał braku podstaw do wykluczenia CAF z postępowania. Stąd odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. c Pzp.

Zgodnie z art. 122 Pzp 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.

Przytoczony przepis nie dotyczy więc sytuacji niewykazania braku podstaw do wykluczenia

z postępowania, co w konsekwencji prowadziło do oddalenia zarzutu nr 1 odwołania.

W sprawie nie miał bowiem zastosowania przepis na który powołał się Odwołujący.

Powyższe ustalenie przesądziło o oddaleniu tego zarzutu odwołania.

W zakresie zarzutu nr 2 Izba wskazuje, że Zamawiający nie miał podstaw (przede wszystkim prawnych) do

informowania Odwołującego o swoich ustaleniach na wcześniejszym etapie postępowania. Wybór najkorzystniejszej oferty następuje po zakończeniu procesu badania

i oceny ofert, zatem wszelkie ustalenia „częstkowe” nie mają waloru ostatecznego wyniku oceny. Na etapie wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów czy też ich wyjaśnienia Zamawiający w jasny sposób wskazywał w treści pism jakie są jego oczekiwania – tego zresztą Odwołujący nie kwestionował. Zamawiający jest związany przepisami Pzp również w zakresie sposobu informowania wykonawców o przebiegu oceny ofert, a żaden przepis nie daje podstawy do udzielania informacji o tym, że „wstępna” ocena dokumentów złożonych przez wykonawcę w wyniku uzupełnień czy wyjaśnień, jest negatywna.

Zatem właściwy moment to wybór najkorzystniejszej oferty – to wtedy zamawiający

ma poinformować również o ofertach odrzuconych i przedstawić wykonawcom należyte wyjaśnienie przyczyn swojej decyzji.

Zamawiający – co wynika z opisanego wyżej stanu faktycznego sprawy – w sposób zgodny

z przepisami Pzp umożliwił Odwołującemu uzupełnienie dokumentów podmiotowych wykonawcy CAF.

Stąd w ocenie Izby zarzut nr 2 się nie potwierdził – działanie Zamawiającego było w tym zakresie w pełni prawidłowe.

Zarzut nr 3

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że oferta Odwołującego nadawałaby się do realizacji, ale z zastrzeżeniem, że nie brałby w niej udziału wykonawca CAF. Zamawiający nie kwestionował aspektów związanych z udziałem wykonawcy ASCO w postępowaniu (ani żadnych innych), stąd można byłoby uznać, że Odwołujący byłby w stanie zrealizować przedmiot zamówienia korzystając tylko z potencjału udostępnionego przez ASCO. Na gruncie przepisów Pzp możliwy jest jednak wybór wyłącznie oferty złożonej przez wykonawcę, który nie podlega wykluczeniu z postępowania – wynika to wprost z art. 226 ust. 1 pkt 1 lit. a i lit. c Pzp. Zamawiający nie może więc wybrać oferty złożonej przez wykonawcę, który podlega wykluczeniu bądź nie wykazał braku podstaw do wykluczenia. Podobna sytuacja występuje

w przypadku korzystania przez wykonawcę z potencjału podmiotu trzeciego na potrzebę wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – podmiot trzeci musi zostać

w jednoznaczny sposób oceniony przez Zamawiającego z wynikiem: nie podlega wykluczeniu.

Zamawiający nie ma przy tym żadnych narzędzi prawnych, by wyeliminować z postępowania podmiot trzeci, w stosunku do którego wykonawca nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Art. 122 Pzp znajduje bowiem zastosowanie do wykonawcy, który podlega wykluczeniu – dopiero wtedy możliwe jest faktyczne usunięcie takiego podmiotu i zastąpienie go innym. Dlatego gdyby Zamawiający uznał, że w stosunku do CAF zachodzą podstawy wykluczenia, to wtedy byłoby możliwe wezwanie Odwołującego do zastąpienia go innym – nic nie stałoby wówczas na przeszkodzie, by Odwołujący zadeklarował w odpowiedzi, że w postępowaniu weźmie udział wyłącznie wykonawca ASCO.

Zamawiający nie mógł więc wybrać oferty Odwołującego, bo nie miał podstaw prawnych dokonać wyboru z zastrzeżeniem, że wybór ten nie obejmuje podmiotu CAF i możliwości jego udziału w realizacji przedmiotu zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący