**Sygn. akt: KIO 338/16**

**WYROK**
**z dnia 23 marca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marek Szafraniec**

**Protokolant: Paulina Zielenkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 marca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu w dniu 7 marca 2016 r. przez wykonawcę: **Monrol Poland Ltd sp. z o.o. w Warszawie (00-549), ul. Piękna 15 lok. 12**
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie (02-034), ul. Wawelska 15B**

przy udziale wykonawcy: **Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Nicolaus-August-Otto-Str. 7a, 56357 Holzhausen, Niemcy** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Monrol Poland Ltd sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Monrol Poland Ltd sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

**Przewodniczący:** ……

---

**Sygn. akt: KIO 338/16**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Dostawa *preparatu 18F-FDG (fluorodeoksyglukoza) do diagnostyki nowotworów metodą PET/C"* zostało wszczęte przez Centrum Onkologii – Instytut im. Marii Skłodowskiej-Curie w Warszawie, zwany dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym Prezesowi Izby piśmie z dnia 9 marca 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 002-001364) w dniu 5 stycznia 2015 r.

W dniu 7 marca 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wniesione przez wykonawcę: Monrol Poland Ltd sp. z o.o. w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym. Odwołanie zostało wniesione wobec wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a konsekwencji również wobec uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, a ponadto także wobec zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia dokumentu zobowiązania do oddania do jego dyspozycji zasobów podmiotu trzeciego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
1. „art. *7 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji*

*oraz nierówne traktowanie wykonawców,*

2. *art. 22 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez bezprawne i bezpodstawne uznanie, iż Odwołujący nie spełnia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia,*
3. *art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP poprzez bezprawne i bezpodstawne wykluczenie Odwołującego, pomimo iż Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu,*
4. *art. 26 ust. 2b PZP poprzez bezprawne i bezpodstawne uznanie, iż przedstawione przez Odwołującego zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów nie spełnia przewidzianego przez Zamawiającego wymogu,*
5. *art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Zamawiający stwierdził, iż złożone przez Odwołującego dokumenty zawierają błędy,*

---

6. *art. 89 ust. 1 pkt 5) PZP poprzez bezprawne i bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego".*

Uzasadniając tak sformułowane zarzuty, wyjaśniał, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 lutego 2016 r. uzupełnił on wykaz dostaw oraz odpowiednią referencję, wraz z którymi przedstawił nadto Zamawiającemu zobowiązanie do udostępnienia mu zasobów przez podmiot trzeci w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. I to właśnie ta okoliczność – złożenie powołanego zobowiązania w kopii, a nie w oryginale – stała się podstawą do wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Odwołujący stał na stanowisku, że Zamawiający w sposób nieuprawniony próbuje przenieść na niego negatywne konsekwencje swoich błędów i omyłek. W jego opinii, w żadnym punkcie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający nie wskazał, że wymaga dokumentów jedynie w oryginale. A nadto drugie tego rodzaju zobowiązanie (w zakresie środków finansowych), przedstawione wraz z ofertą również w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, Zamawiający uznał za odpowiadające jego wymaganiom. W tym kontekście Odwołujący twierdził, że odpowiadając na wezwanie do uzupełnienia dokumentów działał w zaufaniu do racjonalności Zamawiającego. W opinii Odwołującego przedstawione przez niego dokumenty potwierdzają to, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu, a formalne wymogi nie mogą przysłonić tego, że wykazując spełnianie warunku gwarantuje on tym samym prawidłowe wykonanie zamówienia. Zdaniem Odwołującego z zapisów rozdziału IX SIWZ wynikać miało, że Zamawiający dopuszcza złożenie również tego rodzaju zobowiązań podmiotów trzecich w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem, a te same zasady powinny być zastosowane, wg pouczenia zawartego w wezwaniu z dnia 15 lutego 2016 r., do dokumentów złożonych w ramach uzupełnienia w odpowiedzi na to właśnie wezwanie. Odnosząc się do regulacji przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp Odwołujący twierdził, że możliwość polegania na zasobach podmiotu trzeciego może zostać udowodniona Zamawiającemu w dowolny sposób. Tym bardziej, w zestawieniu z postanowieniami SIWZ, działanie Odwołującego winno zostać przez Zamawiającego uznane za wystarczające.

Niezależnie od powyższego Odwołujący twierdził, że z uwagi na treść wezwania z dnia 15 lutego 2016 r. i zawarte tam pouczenie o odpowiedniej formie, w jakiej miały zostać przedstawione Zamawiającemu uzupełnianie dokumenty, właściwym jest wezwanie go, w tak zaistniałej sytuacji, po raz drugi do uzupełnienia złożonych przez niego dokumentów – tym razem jedynie do przedstawienia ich w odpowiedniej, wymaganej przez Zamawiającego, formie. Obecnie rozstrzygnięcie przez Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał



---

spełnienia warunku udziału w postępowaniu miało być, zdaniem Odwołującego, przedwczesne.

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o"

*1)* „unieważnienie *czynności badania i oceny ofert;*
*2) unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego;*
*3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;*
*4) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;*
*5) nakazanie Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do złożenia zobowiązania*

*podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów w oryginale,*
*6) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego;*
*7) nakazanie Zamawiającemu uznania, że Odwołujący spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia, zaś oferta Odwołującego spełnia wymogi SIWZ i wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej".*

W dniu 10 marca 2016 r. wykonawca Eckert & Ziegler f-con Deutschland GmbH, Holzhausen, Niemcy, zwany dalej Przystępującym, doręczył Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Izba uznała, wbrew zastrzeżeniom zgłaszanym przez Odwołującego, powołane zgłoszenie za skuteczne. Zgodnie z przepisem art. 185 ust. 7 ustawy Pzp do postępowania odwoławczego stosuje się odpowiednio przepisy ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (kpc) o sądzie polubownym (arbitrażowym), jeżeli ustawa Pzp nie stanowi inaczej. Tym samym przepisy kpc znajdą zastosowanie w postępowaniu odwoławczym jedynie we wskazanym tam wąskim zakresie i to z zastrzeżeniem, że przepisy ustawy Pzp nie stanowią inaczej. Podobnie Izba w sprawach KIO 1045/12, KIO 692/12, czy też w połączonych sprawach KIO 1126/11; KIO 1154/11; KIO 1158/11. Brak zatem w takim przypadku podstaw, aby oczekiwać, że przedstawiane Izbie dokumenty będą co do zasady tłumaczone przez tłumaczy przysięgłych lub opatrywane tzw. klauzulą apostille, jak chciał tego Odwołujący. Zgodnie z § 19 ust. 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (t.j. Dz.U.2014.964) wszystkie dokumenty przedstawia się Izbie w języku polskim, a jeżeli zostały sporządzone w języku obcym, strona oraz uczestnik postępowania odwoławczego, który się na nie powołuje, przedstawia ich tłumaczenie na język polski. Jedynie w uzasadnionych przypadkach skład orzekający może żądać przedstawienia tłumaczenia dokumentu na język polski poświadczonego przez tłumacza przysięgłego. Tymczasem Odwołujący nie podjął nawet próby wykazania, że załączony do zgłoszenia



przystąpienia wydruk nie opisuje w sposób odpowiadający rzeczywistości grona osób uprawnionych do reprezentacji Przystępującego. Nie poddał on też w wątpliwość – nie kwestionował treści konkretnych jego zapisów – rzetelności złożonego wraz z wydrukiem tłumaczenia. Co do tego, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a także w postępowaniu odwoławczym, nie jest wymagane dołączanie do dokumentów tzw. klauzuli apostille Izba wypowiadała się w m.in. sprawach KIO/UZP 643/09, KIO/UZP 1684/09 oraz KIO/UZP 303/10. Zgodnie z art. 3 zdaniem drugim sporządzonej w Hadze dnia 5 października 1961 r. konwencją znosząca wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych (Dz. U. z 2005 r., Nr 112, poz. 938) dołączanie klauzuli apostille nie może być wymagane, gdy ustawy, inne przepisy prawne lub praktyka obowiązująca w państwie, w którym dokument jest przedłożony, lub umowa między dwoma lub większą liczbą umawiających się państw, zniosły lub uprościły legalizację lub zwolniły taki dokument z legalizacji. Jak zauważył w tym kontekście P. C. w artykule „Nieprawidłowości *w stosowaniu konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych"* opublikowanym w „Europejskim Przeglądzie Sądowym" (EPS 2006/4/24-28): „Interpretując *a contrario [art. 3 zd. 2 konwencji haskiej o zniesieniu wymogu legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych] - klauzul apostille można wymagać jedynie tam, gdzie prawo krajowe nakazywało dotychczas legalizację dokumentów. Żą*dania *co do klauzul apostille na dokumentach zagranicznych przeznaczonych do użycia w Polsce należy stawiać więc jedynie wówczas, gdy dokumenty te dotyczą przeniesienia własności nieruchomości położonej w Polsce lub też budzą wątpliwości co do autentyczności.* (...) *Nie można więc* żądać *poświadczenia dokumentu klauzulą apostille w sytuacjach, gdy polskie prawo krajowe nie stawia wymogu legalizacji* (...) *Tymczasem nagminnie są stawiane* żądania *ze strony polskich urzędów odnośnie do klauzul apostille na wszelkich dokumentach zagranicznych. Wynika to przede wszystkim z pobieżnej analizy treści konwencji przez polskich prawników. Artykuł 1 konwencji precyzuje, że może mieć ona zastosowanie względem różnych kategorii dokumentów. Skutkuje to* żądania *co do poświadczania klauzulami wszelkich dokumentów urzędowych przedkładanych do przetargu publicznego, wyciągów z rejestrów sądowych, dokumentów administracyjnych przedkładanych urzędom administracji krajowej etc.*

*Tymczasem ignoruje się istnienie art. 3 zd. 2".* W kontekście powyższego dostrzeżenia wymaga to, że Odwołujący sformułował jedynie ogólną tezę, iż nie jest on w stanie stwierdzić, czy osoby wskazane w powołanym wydruku faktycznie są uprawnione do reprezentowania podmiotu, w imieniu którego dokonano zgłoszenia przystąpienia. Mając to na uwadze, Izba uznała, że nie zostało wykazane, aby powołanego zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego nie można było uznać za skuteczne. Tym samym wykonawca, który zgłoszenia tego dokonał, uzyskał status uczestnika postępowania odwoławczego.



W dniu 14 marca 2016 r. Zamawiający doręczył Prezesowi Izby odpowiedź na odwołanie, w której zawarł oświadczenie o uwzględnieniu w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Izby wykluczyła w odniesieniu do rozpoznawanego odwołania to, aby wypełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Przystępujący, w toku posiedzenia Izby z udziałem Stron, oświadczył, że wnosi sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału dowodowego, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane przez Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Izby i poświadczone przez niego za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający, w pkt VIII.1 SIWZ pouczył Wykonawców, że wykaz dokumentów niezbędnych do dokonania przez Zamawiającego oceny spełniania przez Wykonawcę warunków, o udziału w postępowaniu zawiera rozdział IX SIWZ.

Zgodnie z pkt IX.3 SIWZ Zamawiający w celu potwierdzenia, że Wykonawca posiada niezbędna wiedzę i doświadczenie, wymagał złożenia „wykazu *wykonanych, a w przypadku* świadczeń *okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączeniem dowodów potwierdzających, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie – do oferty należy dołączyć wypełniony załącznik nr 7 do SIWZ. Warunek powyższy zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże,* że *wykonał co najmniej 1 dostawę rodzajowo odpowiadającą przedmiotowi zamówienia o wartości nie mniejszej niż: 1.200.000,00 PLN, w okresie*



*ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączenie dowodów czy zostały wykonane należycie."* Poniżej, w tym samym punkcie SIWZ kursywą (odmiennie od reszty tekstu w tym punkcie) zapisane zostało następujące pouczenie: „Wykonawca *może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków, przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów*

*na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia."*

W końcowej części rozdziału IX SIWZ, poniżej pkt IX.7, Zamawiający pouczył wykonawców, że „W *przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, z których zasobów korzysta Wykonawca na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b upzp, kopie dokumentów, dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów, są poświadczane za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę lub te podmioty."* oraz „Wymagane *dokumenty w pkt. IX SIWZ powinny być dostarczone w oryginale lub jako poświadczona za zgodność z oryginałem kopia przez Wykonawcę. Poświadczenia dokonuje osoba upoważniona do podpisywania oferty w imieniu Wykonawcy. Odnośnie dokumentu wymaganego w ppkt. 7.1. wymagane jest złożenie upoważnienia w oryginale lub kopii uwierzytelnionej przez notariusza. Poświadczenia Wykonawcy na dokumentach oferty muszą być opatrzone imienną pieczątką i podpisem Wykonawcy. W razie braku pieczątki imiennej konieczne jest złożenie czytelnego podpisu przez Wykonawcę (lub pełnomocnika) umożliwiającego weryfikację jego tożsamości (dotyczy podmiotów występujących wspólnie i podmiotów, na których zasobach Wykonawca polega zgodnie z art. 26 ust. 2b)."*

Przed upływem terminu składania ofert, zgodnie z przywołanym w pkt 9 pisemnego protokołu postępowania zbiorczym zestawieniu ofert, do Zamawiającego wpłynęły 3 oferty, w tym te, które zostały złożone przez Odwołującego i Przystępującego.

Zamawiający pismem z dnia 15 lutego 2016 r. wezwał, odwołując się do przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wskazania wartości wykonanych dostaw w okresie od 25 maja 2015 r., tj. od dnia zawarcia umowy, do dnia, w którym upływał termin składania ofert, tj. 10 lutego 2016 r. Zauważył przy tym, że w złożonym wraz z ofertą wykazie wskazana została umowa zawarta w dniu 29 maja 2015 r. na okres 24 miesięcy, w odniesieniu, do której ujawniona została jej łączna wartość. Poniżej tak sformułowanego wezwania zawarte zostało następujące pouczenie: „Powyższe *dokumenty powinny być sporządzone i podpisane zgodnie z wymaganiami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obowiązującej w niniejszym postępowaniu i powinny potwierdzać spełnianie*



*przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i wykazaniu braku podstaw do wykluczenia nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 10 lutego 2016 r."*

W odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie Odwołujący wraz z pismem z dnia 19 lutego 2016 r. przedstawił Zamawiającemu wykaz dostaw, w którym ujawniona została dostawa inna, niż wykazywana w wykazie złożonym z ofertą, której realizacja miała być potwierdzona załączonym do uzupełnionego wykazu dokumentem referencyjnym. Obok powołanego wykazu złożone zostało również Zamawiającemu zobowiązanie do udostępnienia zasobów wystawione przez podmiot trzeci – zostało ono przedstawione Zamawiającemu w formie kopii poświadczonej za zgodność przez pełnomocnika Odwołującego.

Pismem z dnia 26 lutego 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej – za taką uznał on ofertę złożoną przez Przystępującego. Odwołujący został decyzją Zamawiającego wykluczony z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp. Zdaniem Zamawiającego Odwołujący, składając mu zobowiązanie podmiotu trzeciego, nie dochował w przy tym wymaganej przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp odpowiedniej formy tego dokumentu. Zamawiający stał na stanowisku, że koniecznym było, aby zobowiązanie podmiotu trzeciego złożone było w formie pisemnej, nie zaś kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Izby.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszedł do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie było spornym w rozpoznawanej sprawie, że to Odwołujący był zobowiązany do wykazana spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jest to wszak oczywistym w świetle regulacji art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać nie później niż na dzień składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22



ust. 1 ustawy Pzp, i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Z powołanym tu przepisem koresponduje w sposób oczywisty art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zatem to na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia tego, że spełnia on warunki opisane przez Zamawiającego i to on ponosi konsekwencje (w postaci wykluczenia go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) nie wypełnienia tego obowiązku.

Dostrzeżenia przy tym wymagają również, co oczywiste, obowiązki ciążące na Zamawiającym, które wypływają w tym zakresie z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jak wskazała to Izba w sprawie KIO 1020/14, KIO 1055/14: „Izba *stwierdziła, że w tym przypadku nie mógłby znaleźć zastosowania art. 26 ust. 4 pzp, gdyż treść uzupełnionego wykazu odnośnie kwalifikacji osoby wskazanej w poz. 5 jest jasna i nie budzi wątpliwości, że nie potwierdza spełniania wymagania (...). Jest to błąd wykazu, który mógłby ewentualnie być podstawą do wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 pzp, gdyby nie to, że błąd ten zawiera wykaz złożony w wyniku zastosowania tego przepisu. Tymczasem z uwagi na zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 pzp w orzecznictwie Izby i sądów okręgowych jednolicie interpretuje się art. 26 ust. 3 pzp jako możliwość jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp nie może służyć do obejścia art. 26 ust. 3 pzp, gdyż oba przepisy regulują odrębne instytucje, wzajemnie się uzupełniające, jednak – co do zasady – o rozłącznym zakresie zastosowania, tzn. ten sam brak dokumentu podlega jednokrotnemu uzupełnieniu, natomiast dany dokument może być wielokrotnie wyjaśniany, jednak nie może to prowadzić do zmiany treści dokumentu w zakresie braku wymagającego uzupełnienia. Natomiast zarówno instytucja wyjaśnień z art. 26 ust. 4 pzp, jak i instytucja uzupełnienia dokumentów z art. 26 ust. 3 pzp – mają charakter wyjątku od zasady, że wykonawcy w złożonych wnioskach mają obowiązek wykazać potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli wykonawca, niezależnie od przyczyn takiej sytuacji, nie załącza w ogóle dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, to musi się liczyć z niekorzystnymi konsekwencjami takiego postępowania. Zamawiający dokonując wezwania mają bowiem obowiązek wskazać na czym polega stwierdzony brak. W przypadku niezłożenia w ogóle dokumentu, brak ten, siłą rzeczy, będzie wskazany ogólnie jako niezłożenie określonego dokumentu na potwierdzenie danego warunku. Natomiast w razie złożenia dokumentu nie w pełni potwierdzającego spełnianie warunku, wykonawca może i powinien otrzymać od zamawiającego precyzyjne wskazanie, jakiego elementu warunku nie potwierdził i gdzie w dokumencie występuje brak. Może to mieć kapitalne*



*znaczenie w przypadku konieczności wykazania przez wykonawców potwierdzania spełniania rozbudowanych i skomplikowanych warunków udziału w postępowaniu, jak w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego.”*

Podobnie Izba w sprawie KIO 529/13: „Zgodnie *z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa do złożenia nie złożonych oświadczeń lub dokumentów lub oświadczeń lub dokumentów zawierających błędy. Zgodnie zatem z literalnym brzmieniem art. 26 ust. 3 zdanie 2 ustawy*

*zamawiający ma nie tylko prawo ale i obowiązek wskazać, jakiego oświadczenia lub dokumentu oczekuje. Wezwanie do uzupełnienia dokumentów musi być bowiem jednoznaczne i konkretne, tak, aby wykonawca był w stanie stwierdzić, czego w jego ofercie brakuje lub na czym polegał błąd w złożonym dokumencie. Nie oznacza to jednak,* że *wykonawca nie może przedłożyć innych dokumentów czy oświadczeń niż wezwane. Należy bowiem zwrócić uwagę odwołującemu na treść art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, który zezwala zamawiającemu na wykluczenie wykonawcy z postępowania jedynie w takiej sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawca może uznać,* że *inny niż* żądany *przez zamawiającego dokument czy oświadczenie, będące w posiadaniu wykonawcy lepiej potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu i przedłożyć go w miejsce wezwanego. Ryzyko takiego działania obciąża wykonawcę, który może* źle *odczytać wezwanie zamawiającego i w efekcie złożyć dokument nie odpowiadający wymaganiom zamawiającego, a więc nie potwierdzający spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie wykonawca decydując się na samodzielne określenie sposobu dowodzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, w przypadku błędu pozbawia się możliwości ponownego skorzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 3 ustawy."*

W kontekście stawianych przez Odwołującego zarzutów zwrócić należy również uwagę na przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zgodnie z jego treścią wykonawca, powołując się na potencjał podmiotów trzecich, zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. W przepisie tym mowa o pisemnym zobowiązaniu, przy czym ustawa Pzp nie definiuje tego pojęcia, stąd też przez art. 14 ustawy Pzp, koniecznym jest odwołanie się do regulacji art. 78 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku (Dz. U. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) Kodeks cywilny. Przepis ten stanowi, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Mając to na uwadze, Izba stanęła na stanowisku, iż dla zachowania



odpowiedniej formy (z zastrzeżeniem przepisów o oświadczeniach woli złożonych w postaci elektronicznej opatrzonych bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu) zobowiązania podmiotu trzeciego w świetle art. 26 ust. 2b ustawy Pzp koniecznym jest przedstawienie go w formie pisemnej, tj. opatrzonego własnoręcznym podpisem osób uprawnionych do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu udostępniającego wykonawcy własne zasoby. W odniesieniu do tego szczególnego dokumentu nie znajdą zastosowania bowiem przepisy § 7 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r. poz. 231), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie dokumentów. Przepisy te znajdują zastosowanie jedynie do dokumentów, do których odnosi się to rozporządzenie. Tymczasem pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego wskazane zostało, nie w powołanym rozporządzeniu, a wprost w ustawie Pzp, w art. 26 ust. 2b. Stąd też twierdzenie o możliwości przedstawienia Zamawiającemu jedynie kopii zobowiązania podmiotu trzeciego uznać należy za sprzeczne z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Podobnie Izba w sprawie KIO 865/15: „Powołany *przepis wskazuje jeden ze sposobów udowodnienia dysponowania zasobem niezbędnym do realizacji zamówienia udzielanym przez podmiot trzeci - tj. możliwość przedstawienia pisemnego prawem dowodzenia tej kwestii zobowiązania. Wykonawca dysponuje na podstawie innych dowodów, jednak w sytuacji, gdy zdecyduje się na skorzystanie ze sposobu określonego w przepisie art. 26 ust. 2b Pzp, to przedkładany zgodnie z tym przepisem dowód powinien odpowiadać wymogom ustawowym, w tym powinien czynić zadość przyjętej przez ustawodawcę formie zobowiązania, tj. formie pisemnej.",* a także np. w sprawach KIO 812/15, KIO 2610/14, KIO 2043/14, KIO 1469/14, KIO 293/14, KIO 294/14, KIO/KD 113/13 czy KIO 1982/13.

Mając na uwadze powyższe, Izba dokonała oceny zasadności twierdzeń formułowanych

przez Odwołującego.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że nie znajduje uzasadnienia w treści SIWZ i jej systematyce poczyniona przez Odwołującego wykładania postanowień SIWZ odnoszących się do wymaganej przez Zamawiającego formy poszczególnych dokumentów.

W ocenie Izby z przytoczonych przez Odwołującego zapisów rozdziału IX SIWZ nie wynika, aby Zamawiający w sposób wyraźny pouczył wykonawców, aby pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego mogło zostać złożone w postaci kopii poświadczonej przez wykonawcę za zgodność z oryginałem. Zawarte zaś w ostatnim akapicie rozdziału IX SIWZ pouczenie o treści „Wymagane *dokumenty w pkt. IX SIWZ powinny być dostarczone w oryginale lub*



*jako poświadczona za zgodność z oryginałem kopia przez Wykonawcę"* odnosić należy do poszczególnych dokumentów wprost wymaganych przez Zamawiającego i opisanych w poszczególnych punktach rozdziału IX SIWZ, a zatem tych, których zgodnie z rozporządzeniem w sprawie dokumentów Zamawiający mógł i powinien żądać od wykonawców – w przypadku spornego warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia dokumentami takimi był zgodnie z pkt IX.3 SIWZ wykaz dostaw oraz załączone do niego dowody potwierdzające należyte wykonanie wykazywanych dostaw. Pouczenia tego nie powinno się odnosić do dopuszczonego przez Zamawiającego w tym zakresie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Dokument ten, nie był wymaganym w pkt IX SIWZ – wykonawca mógł wykazać spełnienie warunku nie składając takiego pisemnego zobowiązania, wystarczającym był bowiem wykaz z załączonym odpowiednim poświadczeniem. Zasadą jest bowiem to, że wykonawca jest zobowiązany samodzielnie wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a jedynie na drodze wyjątku jest uprawniony do odwołania się do potencjału podmiotu trzeciego. Tym samym przedstawienie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego było uprawnieniem wykonawcy i mógł on to uczynić jedynie w przypadku, gdy chciał oprzeć się na udostępnionym mu potencjale innego podmiotu. Tym samym, co do zasady pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego nie należało do katalogu niezbędnych dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dokumentów i oświadczeń. Zamawiający, zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dopuścił jedynie możliwość złożenia takiego zobowiązania, czyniąc o tym wzmiankę niejako na marginesie pkt IX.3 SIWZ – pouczenie o dopuszczalności złożenia takiego zobowiązania zostało zapisane kursywą wyraźnie odcinającą się od reszty tekstu pkt IX.3 SIWZ. Nadto pouczenie to zostało zamknięte w treść stanowiącą w odpowiednich fragmentach powtórzenie postanowień powołanego przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Nie bez znaczenia jest też w tym przypadku wynikający wprost z tego przepisu obowiązek złożenia pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego, w przypadku gdy wykonawca podjął decyzję o powołaniu się na zasoby takiego podmiotu trzeciego. Odwołujący, jako profesjonalista, winien znać przepisy ustawy Pzp i wynikające z nich obowiązki, które na nim ciążą. Fakt niedopełnienia przez niego obowiązku nałożonego na wykonawców wprost przepisami ustawy Pzp (obowiązek przedstawienia zobowiązania podmiotu trzeciego w formie pisemnej zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp), nie mógł być tłumaczony przez Odwołującego dokonaną przez niego zbyt daleko idącą wykładnią postanowień SIWZ.

Niezależnie od powyższego, osobnej analizy wymagało wezwanie z dnia 15 lutego 2016 r., którym Zamawiający zobowiązał Odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw o odpowiednie, wymagane w opisie warunku, dane. W ocenie Izby wezwanie to było



jednoznaczne w swej treści i nie pozostawiało wątpliwości co do tego, jaki element przedstawionego wraz z ofertą wykazu nie potwierdza zdaniem Zamawiającego warunku opisanego w pkt IX.3 SIWZ. Zamawiający wprost odniósł się do wartości wykazywanej dostawy żądając wyraźnego wskazania, jaka była wartość dostaw wykonanych przed terminu ofert. słowy, oczekiwał upływem składania Innymi Zamawiający przedstawienia mu nowego wykazu, który byłby uzupełniony o wskazanie odpowiedniej

kwoty. I to do tego właśnie nowego wykazu odnosiło się pouczenie o tym, że uzupełnione dokumenty muszą zostać sporządzone i podpisane zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. W piśmie tym brak jakiegokolwiek innego sformułowania, które zostałoby skonstruowane wprost wbrew przepisowi art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, czy też nawet samym zapisom SIWZ. Nieuzasadnionym było zatem twierdzenie Odwołującego, że z pisma tego można było wywieść, iż Zamawiający błędnie pouczył go co do dopuszczalnej formy, w jakiej mógł on przedstawić mu dokumentujące udostępnienie zasobów pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego. W ocenie Izby w piśmie brak takich sprzecznych z ustawą Pzp pouczeń – odwołania co do formy odnosiły się jedynie do dokumentów i oświadczeń wyraźnie wskazanych w treści wezwania, a rozciąganie ich zakresu na inne, niewymienione w tym piśmie dokumenty nie znajdowało uzasadnienia, tak w treści tego pisma, jak i w treści SIWZ, czy ustawy Pzp.

Tym samym, w rozpoznawanej sytuacji, Odwołujący będąc wezwanym do uzupełnienia odpowiednio sporządzonego wykazu dostaw, podjął ryzyko powołania się na inną, niż wskazana w wykazie złożonym wraz z ofertą, dostawę, a tym samym przedstawienia nowego wykazu dostaw, a wraz z nim zobowiązania podmiotu trzeciego. Nie zostało ono jednak przedstawione Zamawiającemu w odpowiedniej, wymaganej przepisem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, formie. W tej sytuacji, zgodnie z prezentowaną powyżej wykładnią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wyłączona została możliwość ponownego wzywania Odwołującego, tym razem do złożenia Zamawiającemu pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego. Działanie takie stanowiłoby naruszenie zakazu wielokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, tak jak to zostało wskazane w powołanych powyżej orzeczeniach Izby wydanych w sprawach KIO 529/13, czy KIO 1020/14, KIO 1055/14. Izba przychyliła się bowiem do stanowiska wyrażonego w sprawie KIO 336/14, zgodnie z którym: „zobowiązanie *podmiotu trzeciego aby mogło zostać uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało,* że *podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi także*



*zostać złożone przez osobę uprawnioną do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie".*

Dostrzeżenia wymaga również to, że fakt przeoczenia przez Zamawiającego w procesie badania ofert tego, iż Odwołujący złożył także inne zobowiązanie podmiotu trzeciego (w związku z innym warunkiem udziału w postępowaniu - dotyczącym sytuacji ekonomicznej i finansowej), również bez zachowania odpowiedniej, pisemnej formy, nie może prowadzić do zaakceptowania, jako prawidłowo przedstawionego Zamawiającemu, spornego zobowiązania złożonego w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 lutego 2016 r. Przeoczenie to, wobec treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, nie mogło prowadzić również do innej interpretacji postanowień SIWZ, czemu zresztą dał wyraz Zamawiający w piśmie informującym Odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

Kierując się tak dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu.

Uwzględniając tak poczynione ustalenia i dokonane rozstrzygnięcia, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** ……