

WYROK

z dnia 19 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 stycznia 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. K. prowadzącego

działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa K. K. z siedzibą w miejscowości Radawie przy ul. Żwirowej 1 (46-048 Radawie) - Lider konsorcjum, K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe T. K. z siedzibą w Radłowie przy ul. Oleskiej 91 (46-331 Radłów) - Członek konsorcjum oraz M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M. z siedzibą w miejscowości Ligota Oleska pod nr 43 (46-331 Radłów) - Członek konsorcjum w postępowaniu prowadzonym przez Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kup z siedzibą w miejscowości Kup przy ul. 1 Maja 9 (46-082 Kup)

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: K. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa K. K. z siedzibą w miejscowości Radawie, K. T. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe T. K. z siedzibą w Radłowie oraz M. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M. z siedzibą w miejscowości Ligota Oleska i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego

1

kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawców 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 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Opolu.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 44/18

Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Kup zwany dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa Kup w roku 2018”, oznaczenie sprawy: ZG.270.01.2017. Zamówienie to zostało podzielone na 7 części określonych przez zamawiającego jako pakiety.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 października 2017 r. pod numerem 2017/S 201-413825.

Wartość zamówienia przekracza 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 2017 poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”.

W dniu 8 stycznia 2018r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: K. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Produkcyjno - Usługowo - Handlowa K. K. z siedzibą w miejscowości Radawie - Lider konsorcjum, K. T. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe T. K. z siedzibą w Radłowie - Członek konsorcjum oraz M. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Leśnych P. M. z siedzibą w miejscowości Ligota Oleska - Członek konsorcjum zwani dalej „odwołującym” wnieśli odwołanie w zakresie pakietu nr 4.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a tym samym zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców poprzez błędną ocenę spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej, zawodowej przez wybranego wykonawcę G3 POL S. G.;
2. art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp poprzez brak wykluczenia wykonawcy G3 POL S. G. z postępowania ze względu na niewykazanie spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej, zawodowej;
3. art. 26 ust. 2f ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawcy G3 POL S. G. do uzupełnienia dokumentów doprecyzowujących złożone referencje, po zakończeniu postępowania przetargowego (po dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty), pomimo że przepis ten dotyczy postępowań wieloetapowych do których przetarg nieograniczony się nie zalicza.

Podnosząc powyższe odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- a) unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty;
- b) dokonania ponownej oceny spełnienia warunków zgodnie z przepisami ustawy Pzp;
- c) wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku posiadania zdolności technicznej;
- d) dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z zapisami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwanej „SIWZ”).

Odwołujący podnosi, że po zapoznaniu się z dokumentacją przetargową w tym z ofertą wybranego dla pakietu nr 4 wykonawcy - G3 POL S. G. (zwanego dalej „G3 POL”) - stwierdza, że ani z jego oferty ani też z dokumentów i wyjaśnień jakie zostały złożone po jej złożeniu nie wynika spełnienie warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej.

Według niego przedłożył on do oferty referencje z treści których wynika, że wykonywał on usługi (liczba mnoga) w latach 2015 -2017 za kwotę 245 000 netto. Z treści przedłożonych referencji jasno wynika, że wykonawca G3 POL wykonał kilka usług (a nie jedną jak wymagał zamawiający) za łączną kwotę 245 000 zł co nie potwierdza spełnienia ww. warunku. Jednocześnie wskazuje, że wykonawca ten nie podał zgodnie z żądaniem zamawiającego informacji dotyczących terminów wykonania usług z podaniem ich dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji. Jednocześnie wskazuje, że przedmiot zamówienia dla pakietu 4 obejmuje również przygotowanie gleby frezem pasowym oraz wykonanie rabatowałków. W związku z tym, że z warunku jednoznacznie wynika, że należało wykazać się doświadczeniem na poziomie realizacji „prac właściwych dla danego pakietu” z dokumentów złożonych przez wykonawcę G3 POL w żaden sposób nie można wywieść, że w ramach wykonanej usługi zdobył on doświadczenie przy wykonywaniu usługi frezem pasowym czy też wykonał rabatowałki.

Ze względu na powyższe w dniu 3 stycznia 2018 r. złożył on do zamawiającego informację o naruszeniu powyższych przepisów. Zamawiający w dniu 5 stycznia 2018 r. poinformował odwołującego, że uznał zasadność jego informacji. W związku z tym zamawiający na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp wezwał firmę G3 POL do złożenia kolejnych dokumentów nazywając je dokumentami doprecyzowującymi złożone referencje.

Informuje, że zamawiający dokonał tej czynności po wyborze najkorzystniejszej oferty tzn. po zakończeniu postępowania przetargowego. W tym miejscu wskazać należy, że jeżeli zamawiający uznał argumenty zamawiającego o naruszeniu przepisów jakie wskazał w piśmie z dnia 3 stycznia 2018 r. to powinien unieważnić wybór najkorzystniejszej oferty i ewentualnie powtórzyć czynności związane z badaniem i oceną spełnienia warunków przez wykonawców. Dlatego też stwierdza, że zamawiający bezprawnie uruchomił procedurę wynikającą z art. 26 ust.2f ustawy Pzp tj. wezwania wykonawcy o uzupełnienie kolejnych

4

dokumentów. Zamawiający błędnie zastosował w tym przypadku procedurę wezwania na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp gdyż przepis ten ma zastosowanie tylko i wyłącznie do procedur wieloetapowych, a do takich nie zalicza się przetargu nieograniczonego.

Podnosi przy tym, że art. 26 ust. 2f ustawy Pzp stanowi modyfikację art. 26 ust. 1 lub 2. Wskazuje, że art. 26 ust. 2f ustawy Pzp daje uprawnienie zamawiającemu do weryfikacji aktualności niektórych oświadczeń i dokumentów złożonych na pierwsze wezwanie, jeśli jest to niezbędne do prawidłowego przebiegu postępowania lub jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne. Zastosowanie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp odnosi się jednak wyłącznie do postępowań wieloetapowych (m.in. przetargu ograniczonego). Wynika to według odwołującego wprost z brzmienia przepisu: „Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub i

niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów”. Potwierdza to także opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

Dlatego też stwierdza, że wezwanie na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów wykonawcę po dokonaniu czynności jego wyboru jest sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co tym samym narusza art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie przedmiotowe wezwanie nie mogło być dokonane na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp, gdyż zgodnie z tym przepisem wezwania można dokonać tylko i wyłącznie w trakcie przebiegu postępowania, a nie po jego zakończeniu i jak wskazał powyżej art. 26 ust. 2f ustawy Pzp ma zastosowanie tylko do postępowań wieloetapowych jakim nie jest przetarg nieograniczony. Zamawiający tym samym naruszył art. 26 ust. 2f ustawy Pzp poprzez jego bezpodstawne zastosowanie.

Powołuje się ponadto na liczne orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej wskazując, że badanie i ocena ofert może być dokonana przez zamawiającego jedynie przez pryzmat wymagań jasno określonych w SIWZ. Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji tego, że zamawiający nie stosuje się do swoich wymogów sprecyzowanych w SIWZ. Wykonawcy nie mogą pozostawać w niepewności co do spełnienia warunków jakich wymagał będzie zamawiający w toku postępowania. Zamawiający nie może w sposób rozszerzający interpretować postawionego warunku w SIWZ. Takie zachowanie zamawiającego prowadzi do dowolności w ocenie złożonych ofert, a w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji oraz zasady przejrzystości postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego, do których przestrzegania zamawiający jest bezwzględnie zobowiązany w toku postępowania, m.in. na podstawie art. 2 Dyrektywy 2004/18 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi. Zamawiający na etapie badania i oceny ofert nie może modyfikować postanowień SIWZ czy to wprost, czy w wyniku sformułowania wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów lub wezwania do ich uzupełnienia. SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony określa wymagania, które mają spełniać wykonawcy i ich oferty, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Z tego względu, badając i oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest interpretować SIWZ tak, jak wskazuje na to jej brzmienie. Jednocześnie podkreśla, iż zamawiający nie jest uprawniony, aby na etapie oceny ofert nadawać postanowieniom SIWZ inne niż pierwotnie ustalone znaczenie.

W dniu 8 stycznia 2018 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 11 stycznia 2018 r. (znak sprawy: ZG.270.01.2017), w tym: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (naдал zwanej „SIWZ”) wraz z załącznikami, oferty złożonej przez G3 POL, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty dla pakietu nr 4 z dnia 28 grudnia 2017 r., pisma odwołującego z dnia 2 stycznia 2018 r. stanowiącego informację o czynności zamawiającego podjętej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 4 stycznia 2018 r. skierowanego do wykonawcy G3 POL na podstawie art. 26 ust. 2f i 3 ustawy Pzp oraz stanowisk stron złożonych na piśmie i podanych do protokołu rozprawy, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby odniesienie się do sformułowanych przez odwołującego zarzutów, zachowując przyjętą przez odwołującego konstrukcję odwołania, tj. odniesie się do wszystkich trzech wskazanych zarzutów w następującej kolejności:

- a) zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp;
- b) zarzut naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp;
- c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zamawiający w podrozdziale 6.2 pkt 3) ppkt 3.1 SIWZ określił warunek dotyczący posiadania zdolności technicznej i zawodowej o treści - „Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac właściwych dla danego pakietu (zgodnie z pkt 3 ust 1. Ppkt 3 niniejszej SIWZ)”, na kwotę nie mniejszą niż: 240 000 zł.

Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca G3 POL wskazał w części 4 C pkt 1b) JEDZ usługę wykonaną na rzecz odbiorcy ZPHU M. G. o wartości 264 708,00 zł

realizowanej w latach 2015-2017, która polegała na maszynowym przygotowaniu gleby na terenach leśnych w tym rozdrabnianiu pozostałości pożębowych i orkę leśną. Przedmiotowa usługa została potwierdzona referencjami z dnia 31 października 2017 r. wystawionymi przez ZPHU M G.

Odwolujący wskazuje, że ww. usługa nie spełnia postawionego przez zamawiającego warunku ponieważ z referencji wynika, że wykonawca G3 POL: wykonał kilka usług (a nie

jedną jak wymagał zamawiający) za łączną kwotę 245 000 zł, nie podał zgodnie z żądaniem zamawiającego informacji dotyczących terminów wykonania usług z podaniem ich dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji, nie potwierdził okoliczności wykonania jej na rzecz odbiorcy a zleceniodawcy oraz nie wskazał posiadania doświadczenia w realizacji wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia dla pakietu 4.

Jeśli chodzi o wykonanie prac potwierdzających spełnienie warunku poprzez realizację kilku usług to należy wskazać, że w referencjach przedłożonych przez wykonawcę G3 POL rzeczywiście użyte jest określenie „usługi” podane w liczbie mnogiej. Niemniej warta podkreślenia jest okoliczność, że zakres przedmiotu zamówienia dla pakietu 4 nie sprowadzał się do realizacji jednej usługi, a obejmował kilka rodzajów prac jakie należy wykonać. Stąd też oparcie się na jednym, użytym w liczbie mnogiej określeniu „usługi” nie może stanowić w ocenie Izby podstawy do tego, aby z góry uznać, że usługi te nie były świadczone na podstawie jednej umowy, skoro przedmiot zamówienia obejmował kilka usług. Dodatkowo należy wskazać, że odwołujący w żaden sposób nie udowodnił, że przedstawione przez wykonawcę G3 POL usługi nie były realizowane na podstawie jednej umowy, a jego argumentacja w tym zakresie sprowadzała się tylko do stwierdzenia nie popartego żadnymi dowodami, a to na nim powinien spoczywać ciężar udowodnienia podniesionych w odwołaniu zarzutów. W związku z tym Izba nie mogła przyjąć argumentacji odwołującego w tym zakresie.

W zakresie niepodania w JEDZ informacji dotyczących terminów wykonania usług ze wskazaniem ich dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji należy w ocenie Izby zwrócić uwagę na postawiony warunek. Jak wynika z postawionego warunku jeśli chodzi o okres wykonania usługi potwierdzającej jego spełnienie to zamawiający wskazał, że usługa ta ma być realizowana lub miała być zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie). Natomiast w podrozdziale 7.1 lit. a) SIWZ dotyczącym wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mieli dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia z postępowania oraz w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazał, że w JEDZ należy podać m. in. termin wykonania usługi z podaniem dat dziennych rozpoczęcia i zakończenia realizacji. Wykonawca G3 POL w złożonym JEDZ w części 4 C pkt 1b) w polu dotyczącym daty podał jedynie daty roczne tj. lata 2015 - 2017 bez wskazania dat dziennych. Podane w JEDZ daty w taki sam sposób zostały przedstawione w referencjach. Przy rozstrzygnięciu tej kwestii Izba wzięła pod uwagę przede wszystkim treść postawionego warunku. Jak wskazano powyżej w warunku wymieniono jedynie, aby usługa była realizowana lub została zrealizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Informacje wskazane w podrozdziale 7.1 SIWZ stanowią w ocenie Izby jedynie dookreślenie sposobu wykazania potwierdzenia spełnienia warunku w sytuacji gdy powstałyby wątpliwości co do jego spełnienia. Z przedstawionych w JEDZ oraz referencjach dat wykonania usługi w sposób niebudzący wątpliwości wynika okoliczność spełnienia postawionego warunku tj. fakt, że podana usługa została realizowana w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert w przedmiotowym postępowaniu upłynął dnia 28 listopada 2017 r., a podana przez wykonawcę G3 POL usługa realizowana była w latach 2015 - 2017 czyli w okresie ostatnich 3 lat przed upływem tego terminu. W związku z tym brak podania dat dziennych rozpoczęcia i

8

zakończenia realizacji usługi nie może powodować wykluczenia wykonawcy z postępowania szczególnie gdy z przedstawionych dokumentów jednoznacznie wynika, że usługa była realizowana w wymaganym terminie.

Co do okoliczności niepotwierdzenia przez G3 POL wykonania usługi na spełnienie warunku przez odbiorcę tej usługi, a tylko przez zleceniodawcę jeszcze raz należy odwołać się do treści warunku postawionego przez zamawiającego. Warunek w tym zakresie określa, że usługa potwierdzająca jego spełnienie miała polegać na wykonaniu prac właściwych dla danego pakietu. Nie wskazuje przy tym jaki status lub charakter w realizacji tejże usługi powinien mieć podmiot potwierdzający ich wykonanie. Dopiero we wzorze JEDZ w części IV C pkt 1b) użyto określenia „odbiorcy”. Przy czym nie wskazano tam czy ma to być podmiot ostatecznie odbierający wykonane usługi czy też podmiot zlecający je na podstawie podwykonawstwa czy też innej formy współpracy. W związku z tym w ocenie Izby na podstawie jednego, niedookreślonego sformułowania zawartego w JEDZ nie można wyciągać negatywnych konsekwencji w stosunku do wykonawcy w postaci wykluczenia go z

postępowania w sytuacji gdy podmiot niewątpliwie zaangażowany w świadczenie usług objętych warunkiem potwierdza ich należyte wykonanie.

Po raz kolejny do treści postawionego warunku należy się w ocenie Izby odnieść także w zakresie ostatniej wątpliwości dotyczącej niewskazania posiadania przez wykonawcę G3 POL doświadczenia w realizacji wszystkich prac objętych przedmiotem zamówienia dla pakietu 4. Jak wynika z treści warunku usługa potwierdzająca jego spełnienie miała polegać na wykonaniu prac właściwych dla danego pakietu. Warunek ten nie precyzował jednoznacznie tych prac. Z referencji oraz JEDZ wynika, że usługi wskazane przez wykonawcę G3 POL dotyczyły przygotowania gleby na terenach leśnych pod odnowienia, zalesienia w tym rozdrabnianie pozostałości pozrębowych, orkę leśną. Zgodnie z rozdziałem 3 SIWZ zadania obejmujące przedmiot zamówienia dla pakietu 4 zostały określone jako rozdrabnianie pozostałości pozrębowych i specjalistyczne przygotowanie gleby. W ocenie Izby, wybrany wykonawca potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganym dla pakietu 4 ponieważ wykazał wykonanie prac właściwych dla tego pakietu. Z treści referencji winno wynikać potwierdzenie należytego wykonania zamówienia, natomiast nie muszą one zawierać opisu zakresu robót wyczerpującego postawiony warunek. W referencjach co do zasady nie opisuje się zakresu prac w sposób szczegółowy, wskazując jedynie na ich ogólny zarys. Wykonawca, zwracając się do wystawcy referencji o ich uzyskanie nie może mieć wpływu na ich kształt, a nawet jeżeli w jakimś zakresie jest to możliwe, to ustalenie brzmienia referencji w taki sposób, aby odpowiadały one warunkom w różnych postępowaniach jest bardzo utrudnione. Takie stanowisko wynika z ugruntowanego już orzecznictwa Izby np. w wyroku z dnia 16 sierpnia 9

2017 r. sygn. akt KIO 1581/17 Izba wskazała, że „zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą zamawiający nie może oczekiwać i wymagać, aby z treści referencji, pochodzącej od podmiotu trzeciego, zwykle wystawionej wcześniej i nie w związku z postępowaniem, w którym zostaje złożona, wynikało coś więcej niż potwierdzenie należytego wykonania zamówienia scharakteryzowanego pod względem elementów koniecznych dla wykazania warunku w wykazie stanowiącym oświadczenie własne wykonawcy”.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy Pzp należy oddalić ponieważ wybrany wykonawca wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie kwestionowanym przez odwołującego.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp odwołujący wskazał, że polegał on na wezwaniu wykonawcy G3 POL do uzupełnienia dokumentów doprecyzowujących złożone referencje, po zakończeniu postępowania przetargowego (po dokonanej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty) oraz pomimo tego, że przepis ten dotyczy postępowań wieloetapowych do których przetarg nieograniczony się nie zalicza.

Izba ustaliła, że odwołujący pismem z dnia 2 stycznia 2018 r. (tj. po wyborze najkorzystniejszej oferty, które nastąpiło 28 grudnia 2017 r.) złożył informację o czynności zamawiającego podjętej niezgodnie z przepisami ustawy Pzp, w której zarzucił naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W wyniku tego zamawiający pismem z dnia 4 stycznia 2018 r. zwrócił się do wykonawcy G3 POL działając na podstawie art. 26 ust. 2f i 3 w zw. z art. 181 ust. 2 ustawy Pzp o złożenie dokumentu doprecyzowującego złożone referencje, wskazującego, że wykonawca w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) zrealizował lub realizuje (przy czym w tym przypadku będzie liczona wartość zrealizowanej części przedmiotu umowy) co najmniej 1 usługę (przez usługę rozumie się wykonywanie prac na podstawie 1 umowy) polegającą na wykonywaniu prac właściwych dla danego pakietu. Przy czym termin wykonywania usługi powinien zawierać się w ramach dat rozpoczęcia i zakończenia realizacji usługi. W odpowiedzi na to pismo wykonawca G3 POL w określonym przez zamawiającego terminie przedstawił umowę nr 2/A/2015 z dnia 7 stycznia 2015 r. wraz z aneksem nr 1 z dnia 1 marca 2015 r., która to umowa dotyczyła usługi podanej w referencjach z dnia 31 października 2017 r.

W wyniku nowelizacji ustawy Pzp zamawiający, co do zasady, wzywa do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, jedynie wykonawcę, którego oferta została w toku przeprowadzonego postępowania oceniona jako najkorzystniejsza, tj. uplasowała się na najwyższej pozycji w rankingu ofert (arg. z art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp). Regulacja ta jako zasada ma zastosowanie do każdego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, niezależnie od trybu, w którym przeprowadzane jest postępowanie. Natomiast zgodnie z art. 26 ust. 2f ustawy Pzp jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że nie

podlegają wykluczeniu, spełniają warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, a jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio oświadczenia lub dokumenty nie są już aktualne, do złożenia aktualnych oświadczeń lub dokumentów. Rozwiązanie powyższe nawiązuje do motywu 84 dyrektywy 2014/24/UE, w którym wskazano, że instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania.

W ocenie Izby nie można przyjąć stwierdzenia odwołującego, że przepis art. 26 ust. 2f ustawy Pzp ma zastosowania wyłącznie do trybów „wieloetapowych” takich jak np. przetarg ograniczony. Wykładnia tego przepisu nie może doprowadzić do takiego wniosku. Przepis ten stanowi, że zamawiający może go zastosować na każdym etapie postępowania. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „etap postępowania” niemniej w doktrynie oraz orzecznictwie określenie to funkcjonuje w stosunku do pojęcia postępowania przetargowego i nie ma znaczenia w jakim trybie to postępowanie będzie prowadzone (nie ma to znaczenia czy będzie to tryb „jednostopniowy” czy „jednoetapowy” jak np. przetarg nieograniczony czy „wielostopniowy” czy „wieloetapowy” jak np. przetarg ograniczony). Należy się zgodzić z twierdzeniem, że norma zawarta w art. 26 ust. 2f ustawy Pzp nabiera szczególnego znaczenia w przypadku postępowań „wieloetapowych” czy też „wielostopniowych”, takich jak np. przetarg ograniczony, ale nie można na tej podstawie wysnuwać wniosku, że przepis ten ma zastosowanie wyłącznie do tego typu trybów, przez co nie może być zastosowany w trybie przetargu nieograniczonego.

Możliwość żądania na każdym etapie postępowania złożenia dokumentów podmiotowych powiązana jest z regulacją zawartą w ustawie Pzp, zgodnie z którą zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania w tym z powodu okoliczności określonych w ustawie Pzp, tj. nie wykazania przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub niezaprośzenia do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert lub niewykazania braku podstaw do wykluczenia. W związku z tym o ile możliwość wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp będzie dyskusyjna i problematyczna w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na etapie przed złożeniem ofert, gdyż jest to etap

11

postępowania przynajmniej w powszechnym pojęciu, ponieważ jak podano powyżej ustawa nie definiuje pojęcia „etapu postępowania”, to na późniejszych etapach postępowania przetargowego, aż do jego zakończenia może zostać zastosowany jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia.

Jeśli chodzi o określenie momentu zakończenia postępowania przetargowego to można wyróżnić dwie linie orzecnicze dotyczące tego zagadnienia. Pierwsza przyjmuje, że zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia następuje w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty (zob. m. in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 1 lutego 2013 r. sygn. V ACa 664/12, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 stycznia 2013 r. o sygn. KIO 14/13). Natomiast druga wskazuje, że ostatecznym celem postępowania jest zawarcie umowy, a zatem postępowanie kończy się dopiero z chwilą zawarcia umowy (zob. m. in. uchwała Sadu Najwyższego z dnia 17 grudnia 2010 r. w sprawie III CZP 103/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2012 r. o sygn. KIO 1511/12).

Abstrahując od rozstrzygnięcia powyższej kwestii to nawet przyjmując pogląd, że zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia następuje w chwili wyboru najkorzystniejszej oferty to zasadnym wydaje się przyjęcie stanowiska, że należy tu mieć na względzie ostateczny wybór najkorzystniejszej oferty, czyli po upływie terminu na wniesienie odwołania lub po jego rozpoznaniu przez Izbę. Czynność wezwania przez zamawiającego wykonawcy G3 POL w na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp została dokonana przed upływem terminu na wniesienie odwołania oraz przed jego rozpoznaniem przez Izbę co oznacza, że nastąpiła przed zakończeniem postępowania o udzielenie zamówienia.

Niemniej dla rozstrzygnięcia prawidłowości zastosowania tego przepisu należy mieć na uwadze przede wszystkim jego wyjątkowy charakter. Norma zawarta w tym przepisie stanowi wyjątek od reguły określonej w art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i w kontekście wyjątku należy ją interpretować tj. w sposób zawężający mając przede wszystkim na uwadze zasady wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W przedmiotowym postępowaniu Izba uznała, że zastosowanie art. 26 ust. 2f ustawy Pzp nie nastąpiło z naruszeniem przepisów tejże ustawy ponieważ wykonawca już na etapie oceny oferty udowodnił w stopniu wystarczającym spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, a zastosowanie tego przepisu nie wpłynęło w sposób niedozwolony na czynność ostatecznego wyboru najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 2f ustawy Pzp także należy oddalić.

W konsekwencji niepotwierdzenia się powyższych zarzutów skład orzekający Izby uznał, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ w sposób prawidłowy dokonał czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W związku z tym i ten zarzut należy oddalić.

Wobec powyższego na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący: