

WYROK
z dnia 28 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2017 r. przez Wykonawcę **M-INVEST Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Kiełpinie przy ul. Osiedlowej 5 (83-307 Kiełpino) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku**, ul. Sosnowa 2 (80-251 Gdańsk)

przy udziale

Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Tysand Spółka jawna J. K. J. S.** z siedzibą w Gdańsku przy ul. Grunwaldzkiej 585A/7 (Lider), **S. K.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Remontowo-Budowlana „K.” S. K. w Gdyni przy ul. Klonowej 13, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1 Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynności z dnia 2 czerwca 2017 r. polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej (konsorcjum Tysand Sp. j. J. K. J. Sowiński, FRb K. S. K.) oraz wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy i nakazuje powtórzyć czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2.1 Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku i:

2.2 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez M-INVEST Sp. z o.o., tytułem wpisu od odwołania;

2.3 zasądza od Zamawiającego - Komendy Wojewódzkiej Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku na rzecz Wykonawcy – M-INVEST Sp. z o.o. kwotę **20.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wpisem od odwołania .

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

Przewodniczący:

Sygn. Akt: KIO 1163/17

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Komendę Wojewódzką Państwowej Straży Pożarnej w Gdańsku w trybie przetargu nieograniczonego na *nadbudowę budynku*

Komendy Wojewódzkiej PSP w Gdańsku (nr referencyjny WT.2370.5.2017), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26.04.2017 r., nr 74069, Wykonawca M-INVEST Sp. z o.o. (dalej zwany Odwołującym), wniósł w dniu 6 czerwca 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1163/17). Odwołaniem objęto czynność Zamawiającego podjętą w postępowaniu w dniu 2 maja 2017 r., polegającą na wyborze

oferty najkorzystniejszej Wykonawcy Tysand sp. j oraz Firmy budowlanej K. (Konsorcjum) oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 i odrzuceniu jego oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganych środków finansowych, czym naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
2. art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez wybór oferty najkorzystniejszej i udzielenie zamówienia z naruszeniem przepisów ustawy Pzp;
3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego mimo spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenia złożonej oferty, gdyż nie zaistniały przesłanki do jej odrzucenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz uznanie, że oferta M-Invest jest najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu wskazał na podstawę faktyczną decyzji Zamawiającego, który uznał, iż złożone na podstawie art. 26 ust. 2 Ustawy Pzp dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku dotyczącego sytuacji finansowej Odwołującego ze względu na to, że upłynął termin ważności zaświadczenia z banku jaki i złożonej polisy ubezpieczeniowej. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do uzupełnienia dokumentów o zaświadczenie z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzające wymaganą wysokość środków finansowych lub zdolność kredytową do wymaganej wysokości oraz złożenie ważnej polisy OC w zakresie prowadzonej działalności.

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący złożył: wymagane oświadczenia na załącznikach 3, 4 i 5, aktualną polisę OC w zakresie prowadzonej działalności wystawioną przez TUiR Allianz Polska S.A., zobowiązanie podmiotu trzeciego (AJM Sp. z o.o.) do udostępnienia wymaganych zasobów finansowych potrzebnych do realizacji zamówienia przez

Odwołującego, zaświadczenie z banku PKO Bank Polski dla podmiotu trzeciego potwierdzającą możliwość dysponowania środkami finansowymi.

Zamawiający zakwestionował prawo Odwołującego do wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego w zakresie udostępnienia swojej sytuacji finansowej w sytuacji, gdyż Odwołujący wcześniej nie spełnił wymaganego warunku i wraz z ofertą nie wskazał podmiotu udostępniającego swoje zasoby. W ocenie Odwołującego decyzja ta jest sprzeczna z dotychczasowym orzecznictwem oraz opinią UZP wydaną na gruncie znowelizowanych przepisów Ustawy Pzp (art. 22a ust. 6 do art. 26 ust. 3 Ustawy Pzp). Na tę okoliczność przywołał fragment opinii:

„...Podsumowując przepis art. 221 ust. 6 ustawy Pzp jedynie doprecyzowuje możliwe działania wykonawcy w sytuacjach określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przy powoływaniu się na potencjał podmiotu trzeciego. Przepis art. 22a ust. 6 ustawy Pzp dotyczy zatem okoliczności, gdy zgłoszony przez wykonawcę na etapie składania ofert (wniosków) potencjał podmiotu trzeciego nie będzie potwierdzał, że udostępniony wykonawcy zasób jest wystarczający do spełnienia przez niego warunku udziału w postępowaniu lub gdy w odniesieniu do podmiotu trzeciego nie zostanie potwierdzony brak podstaw do wykluczenia. Należy jednak podkreślić, że przepis ten nie wyklucza możliwości, aby wykonawca (nie powołując się na etapie składania ofert lub wniosków na potencjał podmiotów trzecich) i który nie potwierdzał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, powołał się na taki potencjał. Tym samym, w przypadku niepotwierdzenia przez takiego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, przysługuje mu możliwość zgłoszenia podmiotu trzeciego, który udostępni wymagany zasób, na etapie późniejszym, w oparciu o dyspozycję art. 22a ust. 1 ustawy Pzp ...”.

Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania w dniu 7.06.2017 r. drogą mailową i pisemną. Do postępowania odwoławczego przystąpiło w dniu 12.06.2017 r. wybrane Konsorcjum po stronie Zamawiającego.

Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa (pismo z dnia 12.06.2017 r.). W odpowiedzi wskazywał na

okoliczności dotyczące dokumentów złożonych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczących zdolności finansowej lub ekonomicznej (zaświadczenia z banku PKO BP SA z 11.04.2017 r.) oraz zdolności technicznej – doświadczenia (wykazu robót).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst

4

jednolity Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Ponieważ nie zachodziły przeszkody formalne Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie, w której nie wziął udziału Odwołujący (prawidłowo powiadomiony o terminie posiedzenia Izby). Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym ogłoszenia i treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz), oferty Odwołującego oraz złożonych w postępowaniu dokumentów, a także stanowisk stron Izba dokonała ustaleń faktycznych stanowiących podstawę do wydania rozstrzygnięcia w przedmiocie podniesionych zarzutów.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) w pkt V.1 określił warunki dotyczące sytuacji finansowej lub ekonomicznej wykonawcy ubiegającego się o zamówienie, który powinien posiadać środki finansowe w banku lub spółdzielczej kasie oszczędnościowo-kredytowej lub zdolność kredytową *w wysokości co najmniej 1.0000.000 zł* (pkt 1) oraz ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem umowy *na sumę gwarancyjną nie niższą niż 1.000.000 zł* (pkt 2).

W pkt VII.C siwz Zamawiający wskazał dokumenty, jakie wykonawca będzie zobowiązany złożyć na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp (sekcja III 5.1 ogłoszenia o zamówieniu). W pkt 1, dotyczącym sytuacji finansowej Zamawiający żąda dokumentów:

- 1) *informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w zakresie niezbędnym do wskazania spełnienia warunku opisanego w ust. V pkt 1 siwz i sekcji III 1.2 ogłoszenia o zamówieniu, w okresie nie wcześniejszym niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania;*
- 2) *potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.*

Zamawiający w pkt VII D siwz (Informacje *dodatkowe*) zamieścił informacje dotyczące polegania na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów oraz oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby.

Mędzy innymi wskazał w pkt 8 na podstawy do żądania od wykonawcy, aby w *terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił podmiot innym podmiotem lub podmiotami (jeżeli ich sytuacja ekonomiczna lub finansowa nie potwierdza spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu) lub zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaze zdolności techniczne lub zawodowe lub*

5

sytuację finansową lub ekonomiczną. Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (pkt 9).

Odwołujący w ofercie w załączniku nr 2 do siwz złożył oświadczenie dotyczące podmiotu, na zasoby, którego powołuje się (Zakład Budowlany RAMEX A.K.), iż ten nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, w zakresie w jakim powołuje się na jego zasoby (tj. doświadczenie zawodowe).

Zamawiający w dniu 17.05.2017 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 2 Ustawy do złożenia dokumentów, o których mowa w pkt VII B, pkt VII C oraz VII D siwz tj.: „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu ora brak podstaw wykluczenia”.

W odniesieniu do zdolności finansowej lub gospodarczej Odwołujący w dniu 22.05.2017 r. przedłożył kopię zaświadczenia Banku Zachodniego WBK S.A. o posiadanej zdolności kredytowej z 13.05.2016 r. o posiadanej zdolności kredytowej na kwotę 1.000.000,00 PLN (milion złotych) oraz kopię polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej wystawioną przez TUIR Allianz Polska S.A. z okresem ubezpieczenia 12.02.2016r. – 11.02.2017 r. z podaną sumą gwarancyjną 2.000.000 zł na jeden i wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia łącznie dla szkód rzeczowych, osobowych.

W dniu 24.05.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy do złożenia dokumentów, między innymi *informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokości posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w wysokości co najmniej 1.000.000,00 zł oraz dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie niższą niż 1.000.000,00 zł.* W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż *Dołączona informacja banku dotyczy 2016 r., a winna być wystawiona nie wcześniej niż 1 miesiąc przed upływem terminu składania ofert. Dołączona polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej TUIR Allianz Polska S.A. straciła ważność 12 lutego 2017 r.* W odpowiedzi na wezwanie, w odniesieniu do sytuacji finansowej Odwołujący przedłożył Zamawiającemu w dniu 26.05.2017 r. zaświadczenie PKO Bank Polski S.A. Oddział 1 w Mrągowie z 11.04.2017 r. wystawione dla AJM Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku, w którego treści wskazano, iż *Klient może ubiegać się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym do kwoty 1 500 000,00 PLN w PKO Bank Polski SA, które będzie poprzedzone*

6

zbadaniem zdolności ekonomiczno – finansowej wnioskodawcy. Jednocześnie informujemy, że zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym w kwocie, o której mowa w zaświadczeniu uzależnione jest od spełnienia przez Firmę wymogów formalno-prawnych obowiązujących w PKO BP SA oraz posiadania zdolności kredytowej na dzień ubiegania się o zawarcie transakcji kredytowej oraz przedstawienia akceptowanego przez Bank zabezpieczenia wnioskowanej transakcji. (Informacja udzielona została bez analizy zdolności kredytowej Firmy). Wraz z zaświadczeniem Odwołujący przedłożył zobowiązanie podmiotu trzeciego AJM Sp. z o.o. do oddania zasobów finansowych do dyspozycji Odwołującego z dnia 9.05.2017 r. Odwołujący przedłożył również kopię własnej polisy ubezpieczenia OC obejmującą okres ubezpieczenia 12.02.2017 r. – 11.02.2018 r.

W dniu 2.06.2017 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty Konsorcjum (Tysand Sp. j. J. K., J. Sowiński, Firma Remontowo-budowlana „K.” S. K.) oraz wykluczył z postępowania Odwołującego i odrzucił jego ofertę. Zamawiający wskazał w uzasadnieniu, iż Wykonawca w złożonej ofercie w załączniku nr 2 oświadczył, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, tylko w przypadku warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wskazał podwykonawcę tj. firmę Zakład Budowlany „RAMEX” A.K. i nie wykazał w ofercie innego podmiotu, na którego zasobach będzie polegał (zdolność finansowa). Wykonawca, dołączając zaświadczenie z banku PKO BP dotyczące zdolności finansowej dotyczące firmy AJM spółka z o.o. oraz jej zobowiązanie na rzecz M-INVEST Spółka z o.o., nie przedstawił wymaganego dokumentu tj. informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość przez niego posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową. Wykonawca nie potwierdził spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowej.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła.

Odwołanie podlega uwzględnieniu, gdyż okoliczności jakie Zamawiający wskazał dla uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania zostały w sposób błędny przez Zamawiającego ocenione.

Przedmiot badania i oceny Izby stanowi czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania, której następstwem było odrzucenie jego oferty oraz dokonanie wyboru, jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum.

7

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do

oceny wypełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez Odwołującego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Odnosząc się do podniesionej kwestii oceny istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia Izba uwzględniła fakt, iż posiada on status wykonawcy i złożył ofertę w postępowaniu. Oznacza to, że kwestionowana czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania prowadziła do pominięcia przy wyborze oferty najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, iż oferta Odwołującego została najwyżej oceniona, a zatem Odwołujący posiada realne szanse na wybór jego oferty. Tym samym odwołaniem Wykonawca zmierza do uchylecia skutków niekorzystnych czynności Zamawiającego i doprowadzenia do ponownej weryfikacji oferty w celu jej wyboru. W świetle powyższego Izba uznała, że zostały przesłanki materialno-prawne do spełnione merytorycznego rozpoznania zarzutów.

Przechodząc zatem do kwestii merytorycznych podniesionych w odwołaniu Izba zważyła. Uzasadnienie jakie Zamawiający wskazał przy decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania sprowadzało się faktycznie do stwierdzenia, iż uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy zaświadczenie banku nie dotyczy sytuacji finansowej Odwołującego, lecz podmiotu trzeciego, wcześniej nie wskazanego w ofercie, jako podmiot, na którego zasoby Wykonawca powołał się w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie odnosił się do treści zaświadczenia, w szczególności do deklaracji banku i znaczenia, jakie należy przypisać stwierdzeniu o *możliwości ubiegania się o zaciągnięcie zobowiązania o charakterze kredytowym*. Zamawiający wskazał bowiem, iż przyczyną dla której uznaje, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest brak dokumentu, który potwierdzałby sytuację finansową/zdolność kredytową Wykonawcy. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie prezentował dalsze wątpliwości, jakie budzi treść zaświadczenia banku wystawionego dla podmiotu trzeciego.

Tak opisana podstawa zarzutu sprowadzała rozstrzygnięcie Izby do odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający miał podstawy do odmowy przyjęcia, jako potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu, zaświadczenia banku dotyczącego sytuacji finansowej podmiotu trzeciego, wcześniej nie wskazanego w ofercie. Co istotne, Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie kwestionował samej informacji banku, a jedyną przeszkodą jaką wówczas wskazał było to, że dokument nie potwierdzał sytuacji finansowej Odwołującego, a tym samym nie potwierdzał, iż Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.

Powyższe dotyczy istoty zagadnienia prawnego, które wyłania się na kanwie niniejszej sprawy. Zagadnienie to prezentuje pytanie, czy na gruncie znowelizowanych przepisów Ustawy wykonawca, który nie spełnia samodzielnie warunku udziału w postępowaniu (złożone na podstawie art. 26 ust. 2 Ustawy dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu), może w trybie uzupełnienia złożyć dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego, którego nie wskazał wcześniej w ofercie (wniosku). Na gruncie obecnego brzmienia art. 22a Ustawy odpowiedź wydaje się jednoznaczna. Podobnie jak przed nowelizacją, wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, co jest obwarowane warunkiem wykazania zamawiającemu, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów na potrzeby realizacji zamówienia (ust. 1 i 2). Istotnego znaczenia nabiera obecne brzmienie art. 22a ust. 6 Ustawy. Zgodnie ze wskazanym przepisem *Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu, o którym mowa w ust. 1 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) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1*. Powyższe pozwala zatem przyjąć, iż skoro ustawodawca wprost wskazuje na możliwość zastępowania podmiotu trzeciego innym podmiotem, którego potencjał pozwoli spełnić warunki udziału w postępowaniu, to wskazanie podmiotu trzeciego dopiero, gdy sytuacja własna wykonawcy nie pozwala pozytywnie zweryfikować zdolność do

wykonania zamówienia, również ma ten sam efekt. Wykonawca w obu sytuacjach, dopiero na wezwanie Zamawiającego, czy to w trybie art. 26 ust 3 Ustawy, czy też wprost na podstawie art. 22a ust. 6 Ustawy, przedstawia dokumenty dotyczące nowego podmiotu, wcześniej nie wskazanego w ofercie. W ocenie Izby, nie byłoby zgodnym z zasadą równego traktowania wykonawców dopuszczenie przedłożenia dokumentów dla nowego podmiotu, tylko w sytuacji, gdy wykonawca od początku samodzielnie nie mógł wykazać się spełnianiem warunku udziału w postępowaniu, a więc od początku zakładał skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego. Przy obecnym kształcie przepisów, w szczególności koncepcji weryfikacji zdolności wykonawców na podstawie oświadczenia wstępnego (składanego na formularzu JEDZ) nie można wykluczyć, iż w trakcie trwania procedury zmierzającej do wyboru oferty najkorzystniejszej, sytuacja wykonawców może ulegać zmianie, np. w związku z zaangażowaniem środków w inne przedsięwzięcia, co na równi dotyczy wykonawców, którzy korzystają z potencjału podmiotu trzeciego, jak i tych którzy takiej potrzeby nie mieli na moment składania oferty. Ustawodawca w art. 22a ust. 6 Ustawy

9

zasadniczo odniósł się do możliwych zmian, wobec pierwotnych założeń wynikających z oferty, polegających na zastąpieniu podmiotu trzeciego innym lub rezygnacji z tej formuły wykazania spełnienia warunku i samodzielnego wykazania się potencjałem własnym. W ocenie Izby, w mechanizm ten wpisuje się również zmiana polegająca na zastąpieniu potencjału własnego (który np. utracił właściwości wystarczające do spełnienia warunku udziału w postępowaniu), potencjałem innego podmiotu. W obu tych wariantach dochodzi bowiem do wskazania nowego podmiotu dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Trudno jest uzasadnić, dlaczego zmiana podmiotu byłaby dopuszczalna tylko dla tych przypadków, gdzie wykonawca od początku deklarował konieczność skorzystania z potencjału podmiotu trzeciego (a więc sam nie spełniał warunku udziału w postępowaniu), a tam gdzie wykonawca utracił niezbędne zasoby (choćby spełniał warunki składając ofertę lub wniosek), takiej możliwości miałby być pozbawiony. Każdy wykonawca powinien mieć takie same gwarancje skorzystania z mechanizmów przewidzianych w ustawie. Skoro możliwość jaką daje przepis art. 22a ust. 6 Ustawy dopuszcza wskazanie nowego podmiotu trzeciego, to nie można odmówić oceny dokumentów dotyczących nowych podmiotów, tylko dlatego, że wcześniej nie wskazano w ofercie/wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu tych podmiotów.

Przenosząc powyższe na grunt niniejszej sprawy, Zamawiający powinien był ocenić dokumenty uzupełnione na podstawie art. 26 ust. 3 Ustawy, a dotyczące nowego podmiotu trzeciego - AJM Sp. z o.o. w celu stwierdzenia, czy potwierdzają one spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez Wykonawcę, który zamierza skorzystać z potencjału podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia. Tymczasem, badanie Zamawiającego zakończyło się na stwierdzeniu, że dokumenty nie dotyczą sytuacji finansowej Wykonawcy. Dopiero na potrzeby postępowania odwoławczego Zamawiający odniósł się do treści dokumentu wskazując na dalsze okoliczności, które rodzą jego wątpliwości. Oznacza to zatem, iż procedura badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wobec Odwołującego nie została przeprowadzona w pełnym zakresie z uwzględnieniem zasad opisanych w siwz. Zamawiający zobowiązany był do kompleksowej oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego przed podjęciem decyzji o wykluczeniu go z postępowania, tak aby Wykonawca miał pełen obraz swojej sytuacji. Jeżeli Zamawiający widział inne przeszkody do tego, aby uznać dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego za wystarczające do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, powinien był taką informację przekazać Wykonawcy. Próba uzupełnienia podstawy faktycznej ponad stwierdzenia, jakie zawiera informacja o wykluczeniu, tj. że Wykonawca nie potwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, podjęta dopiero w odpowiedzi na odwołanie, nie mogła być skuteczna. Skoro Odwołujący decydując się na wniesienie odwołania nie miał wiedzy, co do innych podstaw

10

faktycznych, które budziły zastrzeżenie Zamawiającego, nie mógł objąć ich przedmiotem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy. W konsekwencji tego, Izba będąc związana na podstawie art. 192 ust 7 Ustawy zakresem zarzutu, również nie mogła uwzględnić nowych podstaw przy rozstrzygnięciu, czy decyzja o wykluczeniu Odwołującego z

postępowania była prawidłowa. Stąd, jedną okoliczność, do której Izba mogła się odnieść, była ta wskazana w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego. Uwzględnienie przez Izbę nowych okoliczności, jakie wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie prowadziło do pozbawienia Odwołującego możliwości skutecznej obrony swoich praw, gdyż po wniesieniu odwołania nie ma on możliwości rozszerzyć podstawy faktycznej zarzutu. Ponadto, powyższe prowadziło do sytuacji, w której to Izba dokonywałaby faktycznie oceny dokumentu, wyręczając w tym Zamawiającego, który podejmuje czynności w postępowaniu.

Podsumowując, decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania podjęta na tej podstawie, że dokument złożony w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy nie potwierdzał sytuacji finansowej Odwołującego oraz dotyczy podmiotu trzeciego wcześniej nie wskazanego w ofercie, nie mogła być oceniona jako prawidłowa.

Pozostałe zarzut, jakie podniósł Odwołujący stanowią następstwo wadliwej decyzji o wykluczeniu go z postępowania, a zatem stwierdzenie, że Zamawiający nie mógł w oparciu o podstawę faktyczną wskazaną w informacji z dnia 2.02.2017 r. wykluczyć Odwołującego, czyniło zasadnym odwołanie w całości. Nakazując powtórzenie czynności w postępowaniu Izba nie rozstrzyga o braku bądź istnieniu podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania, do czego niezbędne jest aby Zamawiający samodzielnie dokonał oceny dokumentów i na tej podstawie podjął decyzje co do dalszych czynności, jakie należy podjąć w postępowaniu.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis i obciążyła nim Zamawiającego, który ponosi koszty postępowania stosownie do wyniku sprawy.

11

Przewodniczący:

12