

**WYROK**

**z dnia 16 sierpnia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie **10 sierpnia 2017 r.** w W. odwołania wniesionego **31 lipca 2017 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: E. S.A. z siedzibą w C. (...), T.S. sp. z o.o. z siedzibą we W.**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” na podstawie materiałów opracowanych w ramach projektu POIiŚ 7.1-86 „Dokumentacja przedprojektowa dla elektryfikacji linii (...) (...) na odcinku W. - Z.” wraz z certyfikacją w zakresie T.E. realizowanego w ramach projektu „Elektryfikacja linii kolejowych nr (...), (...) na odcinku W. - Z.”* (nr postępowania (...))

prowadzonym przez zamawiającego: **P.K.P. S.A. z siedzibą w W.**

przy udziale wykonawcy: **P.E. S.A. z siedzibą w W.** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego:

**orzeka:**

- 1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu P.K.P. S.A. z siedzibą w W.: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wykluczenia E.U S.A. z siedzibą w C. (...), T.S. sp. z o.o. z siedzibą we W. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, a w ramach powtórzonych czynności – dokonanie oceny spełniania warunków określonych w pkt 8.6.1. lit. b) ppkt 2 oraz w pkt 8.6.2. lit. a) lp. 2 i 4 tabeli instrukcji dla wykonawców stanowiącej tom I. specyfikacji istotnych warunków zamówienia z uwzględnieniem dokumentów uzupełnionych przez powyższego wykonawcę na potwierdzenie spełniania tych warunków.**

2. Kosztami postępowania obciąża **zamawiającego P.K.P. S.A. z siedzibą w W.** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego E. S.A. z siedzibą w C. ((...)), T.S. sp. z o.o. z siedzibą we W. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia;**
  - 2.2. zasądza od **zamawiającego P.L.K. S.A. z siedzibą w W.** na rzecz **odwołującego E.U S.A. z siedzibą w C. ((...)), T.S. sp. z o.o. z siedzibą we W. wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia** kwotę **23600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika.

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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie.**

Przewodniczący: .....

## Uzasadnienie

Zamawiający P.K.P. S.A. z siedzibą w W. prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. (...) ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub p.z.p.} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na roboty budowlane pn. *Opracowanie dokumentacji projektowej oraz realizacja robót budowlanych w formule „Projektuj i Buduj” na podstawie materiałów opracowanych w ramach projektu POLiŚ (...) „Dokumentacja przedprojektowa dla elektryfikacji linii (...) (...) na odcinku W. - Z.” wraz z certyfikacją w zakresie T.E. realizowanego w ramach projektu „Elektryfikacja linii kolejowych nr (...), (...) na odcinku W. - Z.”* (nr postępowania (...)).

Ogłoszenie o tym zamówieniu sektorowym zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr (...) pod nr (...) 17 lutego 2017 r., w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej {(...)}, na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

31 lipca 2017 r. Odwołujący wniósł w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od:

- po pierwsze – unieważnienia 19 lipca 2017 r. wezwania Odwołującego z 4 lipca 2017 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej wezwania do wykazania nowego doświadczenia spełniającego wymóg zawarty w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 IDW;
- po drugie – wykluczenia Odwołującego z postępowania 24 lipca 2017 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1. Art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez bezpodstawne unieważnienie przez Zamawiającego czynności wezwania Odwołującego z 4 lipca 2017 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, skutkujące pozbawieniem Odwołującego prawa do wykazania spełniania warunku doświadczenia, pomimo że Zamawiający posiadał w tym zakresie wątpliwości, czemu dał dwukrotnie wyraz, a wezwanie do uzupełnienia dokumentów stanowi obowiązek,

a nie uprawnienie Zamawiającego.

2. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25a ust. 6 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome niewykazanie spełniania warunku doświadczenia z pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 IDW, pomimo że Odwołujący wykazał w odpowiedzi z 10 lipca 2017 r. spełnianie tego warunku odwołując się do własnego doświadczenia.
3. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 29 ust. 1 – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome niewykazanie dysponowania osobą na stanowisko geodety (pkt 8.6.2 lit. a poz. 4 tabeli IDW), podczas gdy Odwołujący wskazał aż dwie osoby z własnego personelu na to stanowisko i obie kandydatury potwierdzają spełnianie warunku Zamawiającego.
4. Art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 – przez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome niewykazanie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych (pkt 8.6.2 lit. a poz. 3 tabeli IDW) bez uprzedniego wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie., podczas gdy Odwołujący dysponuje odpowiednim własnym personelem do realizacji zamówienia, a zatem nadal spełnia warunek IDW.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Unieważnienia czynności unieważnienia wezwania do Odwołującego z 4 lipca 2017 r. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w części dotyczącej wezwania do wykazania nowego doświadczenia spełniającego wymóg zawarty w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 IDW.
3. Wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających dysponowaniem osobą na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych.
4. Przeprowadzenia ponownej oceny oferty Odwołującego z uwzględnieniem m.in. dokumentów uzupełnionych w odpowiedzi na wezwanie z 4 lipca 2017 r.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania następująco sprecyzował powyższą listę zarzutów:

*Stan faktyczny*

1. Postępowanie dotyczy zamówienia publicznego na wykonanie prac projektowych oraz robót budowlanych dla elektryfikacji linii 278 (E30) na odcinku W. - Z..

2. Zgodnie z wymogami Zamawiającego udział w Postępowaniu mogli brać jedynie wykonawcy legitymujący się odpowiednimi zdolnościami technicznymi lub zawodowymi, w szczególności:

- na podstawie pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 Instrukcji dla Wykonawców („IDW”), mieli to być wykonawcy, którzy w okresie trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonali opracowanie dokumentacji projektowej (wykonawczej) w zakresie budowy lub przebudowy sieci elektroenergetycznej (EOR, oświetlenie terenów kolejowych, instalację zasilające SN i NN), oraz

- zgodnie z pkt 8.6.2 lit. a poz. 3 i 4 tabeli IDW, również ci wykonawcy, którzy wykazali dysponowanie osobami zdolnymi do wykonania Zamówienia, tj. kierownikiem robót elektrycznych i elektroenergetycznych (1 osoba) oraz geodetą (1 osoba) (dowód: IDW – załącznik numer 4).

3. 4 lipca 2017 roku Zamawiający wezwał po raz pierwszy Odwołującego do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie oraz uzupełnienia dokumentów (dowód: wezwanie do wyjaśnień z 4 lipca 2017 roku – załącznik numer 5). W pkt 1 ww. wezwania, dotyczącego spełniania warunku doświadczenia z pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 IDW, Zamawiający wzywał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. do złożenia Załącznika nr 9 (tj. wykaz usług) uzupełnionego o wymagane doświadczenia, lub wykazanie nowego doświadczenia. Następnie, w pkt 2 wezwania z 4 lipca 2017 roku, Zamawiający, powołując się na pkt 8.6.2 lit. a poz. 4 tabeli IDW, zakwestionował kandydaturę Pana M.C. na stanowisko geodety i wezwał do uzupełnienia jego doświadczenia lub do wskazania nowej osoby. Z kolei w pkt 3 wezwania z 4 lipca 2017 roku Zamawiający prosił o doprecyzowanie dat poszczególnych robót wykonywanych przez osobę wskazaną na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych, tj. Pana S.S..

BSJP

4. 10 lipca 2017 roku Odwołujący złożył Zamawiającemu wyjaśnienia (data na piśmie to 7 lipca 2017 roku, dowód: wyjaśnienia Odwołującego z 10 lipca 2017 roku – załącznik numer 6).

5. W zakresie pytania Zamawiającego dotyczącego spełniania warunku, o którym mowa w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 IDW, Odwołujący powołał się na dwie swoje usługi. Po pierwsze, na usługę wskazaną pierwotnie w JEDZ Partnera Konsorcjum, pn. „Modernizacja linii kolejowej (...) na odcinku W. - P., Etap 1, na odcinku W. - granica W.D.” ujednoczenie systemu sterowania w stacji W. P. urządzeniami EOR, oświetleniem i odłącznikami sieci trakcyjnej wybudowanymi na głowicach rozjazdowych podg. Ł i podg. W. („usługa (...)). A

także na nową usługę, stanowiącą również doświadczenie Partnera Konsorcjum, pn. „Wykonanie prac projektowych i robót budowlanych na Unii kolejowej nr (...) O. - C., prace na szlaku Ż. - O. w torze nr 1 oraz podłączenie bocznicy we W. wraz z przesunięciem granicy stacji w ramach zadania pn.: Prace na liniach kolejowych nr (...), (...) na odcinku O./T. - K. - J. - W. - G.” („usługa O.”).

6. Odnośnie pytania dotyczącego geodety, Odwołujący podtrzymał kandydaturę Pana M.C., argumentując, że zgodnie z brzmieniem IDW spełnia on warunki Zamawiającego. Z ostrożności jednak Odwołujący wskazał jednocześnie nową osobę na stanowisko geodety, tj. Pana L.J. W ramach odpowiedzi z 10 lipca 2017 roku Odwołujący wyjaśnił również rozbieżności w datach doświadczenia Pana S. (kandydata na kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych).

7. Już 13 lipca 2017 roku Odwołujący otrzymał od Zamawiającego kolejne wezwanie, tym razem do złożenia wyjaśnień odnośnie usługi znajdującej się w JEDZ Lidera Konsorcjum, pn. „Zaprojektowanie i wykonanie prac elektryfikacji 25kV sieci jezdnej, systemów z nią związanych oraz zdalnego sterowania energią na odcinku T. - X. nowego połączenia kolejowego kolei dużych prędkości M. - K. - region W. - Region M., (...)” („usługa hiszpańska” - dowód: wezwanie do wyjaśnień z 13 lipca 2017 roku – załącznik numer 7). Zamawiający pytał, czy w ramach usługi hiszpańskiej była opracowana dokumentacja projektowa (wykonawcza) w zakresie budowy lub przebudowy sieci elektroenergetycznej (EOR i instalacje zasilające SN i NN). 17 lipca 2017 roku Odwołujący wyjaśnił, że usługa hiszpańska obejmowała jedynie oświetlenie terenów kolejowych (dowód: odpowiedź Odwołującego z 17 lipca 2017 roku – załącznik numer 8).

8. Ostatnie pismo wzywające do wyjaśnień Odwołujący otrzymał 19 lipca 2017 roku (dowód: wezwanie do wyjaśnień z 19 lipca 2017 roku - załącznik numer 9). W piśmie tym Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu swojego wezwania do uzupełnienia dokumentów z 4 lipca 2017 roku w części dotyczącej wezwania do wykazania nowego doświadczenia. Ponadto Zamawiający wezwał do wskazania jednej osoby na stanowisko generalnego projektanta oraz wyjaśnienia dostępności Pana S.S., w związku z jego zaangażowaniem w ramach innego postępowania. Odwołujący w piśmie z 21 lipca 2017 roku udzielił odpowiedzi na powyższe pytania Zamawiającego oraz wyraził swój sprzeciw wobec unieważnienia prawidłowej czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z 4 lipca 2017 roku. Przypuszczając, że prawdopodobnie doszło do pomyłki, Odwołujący poprosił Zamawiającego o sprecyzowanie, czy czynność unieważnienia dotyczy na pewno wezwania z 4 lipca 2017 roku, a nie np. wezwania z 13 lipca 2017 roku (dowód: pismo Odwołującego z 21 lipca 2017 roku – załącznik numer 10).

9. Dnia 24 lipca 2017 roku Zamawiający poinformował o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania (dowód: zawiadomienie o wykluczeniu Wykonawcy z 24 lipca 2017 roku – załącznik numer 11). Jako uzasadnienie wskazał jedynie bardzo pobieżnie na art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Powołał się także na wyrok Trybunału Sprawiedliwości („TS”) z 4 maja 2017 roku w sprawie C-387/14 („wyrok TS”) oraz na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej („KIO”) z 6 lipca 2017 roku, sygn. akt KIO 1183/17, nie przytaczając jednak żadnych przepisów prawa uzasadniających bardziej szczegółowo podjęte przez siebie czynności.

*Szczegółowe uzasadnienie zarzutu nr 1*

10. Unieważnienie przez Zamawiającego wezwania z 4 lipca 2017 roku do uzupełnienia dokumentów w części dotyczącej wezwania do wykazania nowego doświadczenia spełniającego wymóg zawarty w pkt 8.6.1 lit b) ppkt 2 IDW, stanowiło, zdaniem Odwołującego, rażące naruszenie art. 26 ust. 3 p.z.p. oraz zasad udzielania zamówień określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p.

11. Wezwanie przez zamawiającego wykonawców do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. stanowi obowiązek, a nie prawo, zamawiającego. Potwierdza to ugruntowane orzecznictwo KIO oraz doktryna prawa zamówień publicznych. Tytułem przykładu warto powołać wyrok KIO z 5 października 2016 roku o sygn. akt KIO 1725/16, zgodnie z którym: "Treść art. 26 ust 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) nakłada na zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy zarówno w sytuacji, gdy wykonawca nie złoży wymaganego dokumentu lub oświadczenia (brak dokumentu), jak również w sytuacji, gdy dokument lub oświadczenia zostały złożone, a z ich treści nie wynika spełnienie warunku udziału w postępowaniu (dokument zawiera błędy). Z tych względów koniecznym jest, przed ewentualnym zastosowaniem przesłanki z art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia w wyznaczonym terminie, dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia." (por. także KIO 719/13, KIO 575/15).

12. Także przedstawiciele doktryny prawa zamówień publicznych nie mają wątpliwości co do obowiązku zamawiającego wynikającego z art. 26 ust. 3 p.z.p. oraz konsekwencji jego niezastosowania: „Przepisy art. 26 ust 3 i 4 ustawy mają charakter bezwzględnie obowiązujących i nakładają na zamawiającego nie prawo, a obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. Zaniechanie powyższego stanowi naruszenie przepisów Prawa zamówień publicznych” (por. Prawo zamówień

publicznych. Komentarz pod red. Jerzy Pieróg, Warszawa 2015).

13. Powyższe zatem potwierdza, że w przypadku jakichkolwiek wątpliwości odnośnie przedłożonych oświadczeń lub dokumentów, zamawiający zobowiązany jest zastosować procedurę, o której mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., tj. wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów.

14. Orzecznictwo KIO precyzuje także sytuacje odwrotne, tj. takie kiedy zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełniania dokumentów. Zgodnie z wyrokiem KIO z 14 grudnia 2016 roku o sygn. akt KIO 2255/16: „Zamawiający nie ma obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. (...) ze zm.) jeżeli nie ma żadnych podstaw do powzięcia jakichkolwiek wątpliwości, gdyż treść oferty była jasna”. Z powyższą sytuacją nie mamy jednak do czynienia w Postępowaniu, bowiem powstaniu wątpliwości co do spełniania przez Odwołującego warunku 8.6.1 lit. b) ppkt 2 IDW Zamawiający dał wyraz co najmniej dwukrotnie, tj. po raz pierwszy w wezwaniu z 4 lipca 2017 roku oraz następnie w wezwaniu z 13 lipca 2017 roku (załącznik numer 5 i 7).

15. Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że Zamawiający prawidłowo postąpił wzywając 4 lipca 2017 roku Odwołującego do uzupełnienia załącznika nr 9 (tj. wykaz usług) w zakresie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 IDW, mając w tym zakresie wątpliwości. Powstanie wątpliwości u zamawiającego stanowi wystarczającą przesłankę do zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p.: „(..) lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do (...) uzupełnienia”. Unieważnienie przez Zamawiającego wezwania Odwołującego z 4 lipca 2017 roku do uzupełnienia okoliczności, co do której Zamawiający posiadał wątpliwości, należy uznać za niezgodne z jego zobowiązaniem wynikającym z art. 26 ust. 3 p.z.p.

16. Z uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania wynika następująca argumentacja dla unieważnienia wezwania z 4 lipca 2017 roku: „W związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2017r sygn. akt: KIO 1183/17, który potwierdził, iż wnioski płynące z wyroku z dnia 4 maja 2017r w sprawie C-387/14 (E. sp. z o.o. przeciwko W.Ł.) mają charakter generalny, Zamawiający w dniu 19 lipca 2017r unieważnił swoją czynność z dnia 4 lipca 2017 w części dotyczącej wezwania do wykazania nowego doświadczenia spełniającego wymóg zawarty w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 IDW. Tym samym Zamawiający nie może brać pod uwagę zmiany przez Wykonawcę na etapie badania spełniania warunków udziału w postępowaniu doświadczenia, w przypadku, gdy pierwotnie wskazane w ofercie doświadczenie nie spełniało postawionego przez Zamawiającego warunku”. Ujmując rzecz inaczej, Zamawiający twierdzi, że wymienione powyżej wyroki TS oraz KIO 1183/17 dezaktualizują art. 26 ust. 3 p.z.p. wraz z całą ukształtowaną na jego



*podstawie praktyką oraz dorobkiem orzecznictwa KIO. Do tej pory możliwość uzupełniania przez wykonawców dokumentów nie budziła bowiem wątpliwości i była powszechnie akceptowana. Zamawiający nie wskazuje przy tym żadnego przepisu prawnego, w oparciu o który odmawia on obecnie zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p., lub który potwierdzałby, że przepis ten utracił moc i przestał obowiązywać. Argumentacja Zamawiającego eksponuje w pierwszej kolejności wyrok TS i podnosi, że wyrok KIO 1183/17 jest w stosunku do niego pochodny i stanowi niejako wyraz jego akceptacji w ramach orzecznictwa KIO.*

*17. Po zapoznaniu się z ww. orzeczeniami niewątpliwym staje się jednak, że nie znajdą one zastosowania w niniejszej sprawie i to z kilku zasadniczych powodów. Odwołujący ograniczy się jedynie do zaprezentowania dwóch z nich.*

*I. Wyrok TS został wydany w starym stanie prawnym, zakładającym odmienne od aktualnych zasady udzielania zamówień publicznych*

*18. Nie jest sporne, że Postępowanie toczy się w oparciu o ustawę p.z.p. w brzmieniu obowiązującym od 28 lipca 2016 roku, implementującą do polskiego porządku prawnego dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE („nowa dyrektywa”, ogłoszenie o zamówieniu w aktach sprawy).*

*19. Jednakże, w zeszłym roku miała miejsce istotna zmiana, zarówno europejskich jak i krajowych przepisów regulujących prawo zamówień publicznych. Dnia 18 kwietnia 2016 roku zaczęła obowiązywać nowa dyrektywa, która uchyliła dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi („stara dyrektywa”).*

*20. W odróżnieniu od starej dyrektywy, nowa dyrektywa zakłada odformalizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez ograniczenie obciążeń administracyjnych w stosunku do wykonawców. W tym celu nastąpiła diametralna zmiana zasad udzielania zamówień, obejmująca w szczególności nowe reguły badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i podstaw wykluczenia wykonawców („warunki formalne”).*

*21. Po pierwsze wprowadzono instytucję oświadczenia wykonawcy o spełnianiu warunków formalnych w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, która nie była znana przed 18 kwietnia 2016 roku. Oświadczenie to jest aktualne na dzień składania ofert (art. 25a ust. 1 p.z.p.) a informacje w nim zawarte stanowią wstępne potwierdzenie (dowód wstępny) spełniania warunków formalnych (art. 25a ust. 1 p.z.p. in fine). Dlaczego wstępne? Bowiem dowody, a więc oświadczenia i dokumenty potwierdzające informacje zawarte w JEDZ (np.*

wykaz usług lub wykaz osób), składane są na późniejszym etapie – już nie łącznie z ofertą ale dopiero w ramach wezwania z art. 26 ust. 1 p.z.p. i w przeciwieństwie do samego oświadczenia JEDZ, dowody te mają być aktualne na dzień ich złożenia (art. 26 ust.1 p.z.p.). Zatem JEDZ zwalnia wykonawców z obowiązku składania znacznej ilości dokumentów w terminie składania ofert. Jest to rewolucyjna zmiana w stosunku do poprzednio obowiązujących przepisów, wprowadzająca odmiennie zasady udzielania zamówień publicznych.

22. Po drugie, dokonano istotnej zmiany oceny ofert i weryfikacji wykonawców, poprzez wprowadzenie tzw. procedury odwróconej. Polega ona na tym, że zamawiający najpierw rozpatruje merytorycznie oferty a dopiero potem dokonuje weryfikacji podmiotowej wykonawców, czyniąc to pojedynczo i zaczynając od tego wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej. Wprowadzenie tego rozwiązania miało na celu uproszczenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana ta ma także charakter przełomowy w stosunku do poprzedniego stanu prawnego.

23. Po trzecie, zrezygnowano ze wskazania jednego określonego momentu, na który wykonawca ma wykazać spełnianie warunków formalnych. Zgodnie ze starymi przepisami był to termin składania ofert, obecnie dokumenty potwierdzające spełnianie warunków formalnych mają być aktualne przez cały czas trwania postępowania. Zgodnie z motywem 85 nowej dyrektywy, zamawiający ma opierać się na aktualnych informacjach przy weryfikacji warunków formalnych, tak aby wziąć pod uwagę zmiany jakie mogą mieć miejsce do czasu dokonania wyboru oferty. Wymóg aktualności dokumentów potwierdzających spełnianie warunków formalnych wybrzmiewa dość znacznie zarówno w nowej dyrektywie (art. 19, 57 ust. 5, art. 59 ust. 4 oraz art. 73 lit. b) jak i znowelizowanej ustawie p.z.p. (art. 22a ust. 6, art. 22d, art. 26 ust. 1, art. 26 ust. 2f, art. 26 ust. 3, art. 36b ust. 2, art. 36 ba ust. 1 i 2 oraz art. 145a pkt 2). Powyższe potwierdza także wyrok KIO z 7 października 2016 roku, sygn. akt KIO 1772/16: „Przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18AA/E (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65 ze zm.) i rozporządzenia Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L Nr 3 poz. 16) dopuszczają wielokrotne sprawdzanie przez zamawiającego, czy sytuacja wykonawcy nie uległa zmianie w toku postępowania. Tym samym, samo stwierdzenie przez zamawiającego, że na dzień złożenia oferty wykonawca nie podlegał wykluczeniu mogłoby okazać się niewystarczającym wobec zmienionej sytuacji faktycznej wykonawcy, do jakiej doszłoby już po złożeniu oferty”.

24. Biorąc pod uwagę to nowe podejście odnośnie aktualności informacji i dokumentów wykonawców w postępowaniu, zbędna (ale także błędna) okaże się metafora zdjęcia

*lansowana przez rzecznika generalnego w sprawie wyroku TS, powtórzona następnie w wyroku KIO 1183/17. Metafora zdjęcia zakłada bowiem przyjęcie fikcji wykonania fotografii informacji i dokumentów złożonych przez wykonawców w dniu składania ofert: „Moim zdaniem podejście Trybunału można najlepiej ująć w formie pewnej metafory: przedstawione przez oferenta informacje i dokumentacja w chwili upływu terminu składania ofert stanowią zdjęcie. Jedyne informacje i dokumenty już mieszczące się w obrębie obrazu mogą być uwzględniane przez instytucję zamawiającą”. Należy wskazać, że w oparciu o poprzednio obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych, moment złożenia ofert był kluczowy dla oceny ofert i wykonawców, stąd metafora zdjęcia z dnia składania ofert w starym stanie prawnym znajduje uzasadnienie. Z logicznych względów nie może jednak być stosowana w nowym porządku prawnym. Jest tak chociażby dlatego, że w dniu składania ofert zamawiający nie będzie dysponował dokumentami potwierdzającymi spełnianie przez wykonawców warunków formalnych, np. wykazem usług czy wykazem osób. W dniu składania ofert, zgodnie z nowymi przepisami, zamawiający będzie dysponował co do zasady ofertą wykonawcy oraz JEDZ. Wykonywanie zatem w tym dniu fotografii, obejmującej informacje i dokumenty wykonawców, będzie całkowicie pozbawione sensu. Dokumenty istotne z punktu widzenia potwierdzenia spełniania warunków formalnych, zostaną bowiem przedłożone później. Obecnie, informacje i dokumenty wykonawców mają być aktualne przez całe postępowanie, tj. do momentu wyboru oferty (art. 73 lit. b nowej dyrektywy). Chociaż, biorąc pod uwagę treść art. 145a pkt 2 p.z.p., stwierdzić trzeba, że czasami nawet moment zawarcia umowy może mieć istotne znaczenia dla oceny spełniania warunków formalnych przez wykonawców (jeśli w chwili zawarcia umowy wykonawca podlegał wykluczeniu zamawiający może rozwiązać z nim umowę - takie uprawnienie nie przysługiwało mu w poprzednim stanie prawnym).*

*25. Biorąc pod uwagę różnice w zasadach udzielania zamówień publicznych wynikających z obydwu dyrektyw, stwierdzić należy, że ani argumentacja prawna ani wnioski płynące z wyroku TS nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie. Wyrok TS rozstrzygał bowiem kwestie weryfikacji wykonawców według zasad, które nie są aktualne w obecnym stanie prawnym. Przede wszystkim, wyrok TS hołdował regule, zgodnie z którą moment składania ofert miał decydujące znaczenie dla oceny spełniania warunków formalnych przez wykonawców. Obecnie warunki formalne oceniane są przez okres trwania całego postępowania, natomiast dowody na ich potwierdzenie są składane w terminie późniejszym niż dzień złożenia samej oferty. Stąd odwołanie się do wyroku TS w niniejszej sprawie nie będzie zasadne.*

*II. Wyrok TS jak i wyrok KIO 1183/17 zapadły w odmiennych sytuacjach, gdzie doszło*

*do niedopuszczalnej zmiany strony podmiotowej wykonawcy poprzez spóźnione powołanie się na zasoby podmiotów trzecich*

*26. Niezależnie od argumentacji podniesionej powyżej, Odwołujący wskazuje, że wyrok TS jak i wyrok KIO 1183/17, nie znajdują zastosowania w niniejszej sprawie bowiem dotyczyły niedopuszczalnej zmiany oferty poprzez istotną zmianę strony podmiotowej wykonawców.*

*27. Niedopuszczalna zmiana podmiotowa w wyroku TS polegała na przedłożeniu przez wykonawcę umowy i zobowiązania podmiotu trzeciego (Medinet Systemy Informatyczne sp. z o.o. – „Medinet”) dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień, dokumenty te nie zostały natomiast przedstawione łącznie z ofertą wykonawcy. Nie budzi wątpliwości, że powołanie się na zasoby Medinet jako podmiotu trzeciego było spóźnione i rzeczywiście prowadziło do niedopuszczalnej zmiany oferty. Zmiany podmiotowe oferenta mają bowiem wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkują samą tożsamość wykonawcy. Zmiany w tym zakresie stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty i stanowią raczej przedstawienie nowej oferty. W przeciwieństwie do niniejszej sprawy, Odwołujący w żadnym momencie nie powoływał się na zasoby podmiotu trzeciego, przez całe postępowanie odwoływał się jedynie do własnego doświadczenia oraz własnego personelu. Na marginesie Odwołujący wskazuje, że przez słowo „własne” doświadczenie lub „własny” personel rozumie sytuację, gdy dane doświadczenie lub personel nie pochodzą z zasobów podmiotów trzecich. W niniejszej sprawie wskazane przez Odwołującego doświadczenie pochodzi od niego. Natomiast „własny” personel to niezależni specjaliści, osoby fizyczne, pozyskane samodzielnie przez Odwołującego, które zobowiązały się we własnym imieniu do współpracy z Odwołującym przy realizacji niniejszego zamówienia.*

*28. Z kolei w wyroku KIO 1183/17 niedopuszczalna zmiana oferty przejawiała się w powołaniu się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego, tj. Leonhard Weiss GmbH, dopiero w odpowiedzi na wezwanie, a nie w JEDZ składanym wraz z ofertą. Sytuacja ta była zatem podobna do stanu faktycznego opisanego w wyroku TS, jest natomiast diametralnie inna od stanu faktycznego w niniejszej sprawie - gdzie Odwołujący na żadnym etapie nie powołuje się na zasoby podmiotów trzecich.*

*29. Wyrok TS zakazywał dokonywania uzupełniania jedynie dokumentów podmiotów trzecich, które pierwotnie nie były załączone do oferty, a nie wszystkich dokumentów, jakie przedstawia wykonawca wraz z ofertą (np. wykazu usług lub wykazu osób). Zgodnie bowiem z wyrokiem TS, jak i opinią rzecznika generalnego w tej sprawie, w części gdzie znajduje się odpowiedź na pytania od jeden do trzy, zostało jednoznacznie przesądzone, że „(...) odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy*

2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia". Nie może budzić możliwości, że TS wykluczył jedynie możliwość powoływania się na etapie składania wyjaśnień na dokumenty wskazujące po raz pierwszy na podmioty trzecie, czyli powtórzył zakaz niedopuszczalnej zmiany oferty poprzez zmianę strony podmiotowej wykonawców. Co więcej, wskazanie chęci skorzystania z zasobów podmiotów trzecich, należało wskazać już w ofercie. Okoliczność ta nie jest nowością w orzecznictwie KIO. Potwierdza to przykładowo wyrok KIO z 16 kwietnia 2015 roku, sygn. akt: KIO 630/15: „W przypadku korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, okoliczność jego dysponowaniem na dzień złożenia oferty nie może budzić wątpliwości również w przypadku korzystania z dobrodziejstwa instytucji uzupełnienia dokumentów na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych". Na marginesie wypada wspomnieć, że w obecnym stanie prawnym istnieje możliwość zamiany jednego podmiotu trzeciego na inny w wyniku uzupełnienia dokumentów, w oparciu o art. 63 ust. 1 akapit 2 nowej dyrektywy oraz art. 22a ust. 6 pkt 1 p.z.p. (ale oczywiście podmiot trzeci musi zostać wskazany już wcześniej w ofercie).

30. Z sytuacją taką nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Odwołujący dysponuje własnym doświadczeniem (usługa hiszpańska stanowi doświadczenie Lidera Konsorcjum a usługa (...) oraz usługa O. pochodzą od Partnera Konsorcjum) jak i własnym personelem (M.C. oraz L.J. to osoby z którymi współpracę zawiązał Lider Konsorcjum, natomiast S.S. jak i K.K. to osoby pozyskane przez Partnera Konsorcjum). Dla wykazania spełniania warunków formalnych Odwołujący nie potrzebował odwoływać się do zasobów podmiotów trzecich, bowiem jest w stanie samodzielnie je wykazać.

31. W związku z powyższym, z uwagi na brak powołania się w niniejszej sprawie przez Odwołującego na zasoby trzecie (ani na moment składania oferty jak i w chwili przekazania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków formalnych), nie może być mowy o jakiegokolwiek zmianie strony podmiotowej Odwołującego czy niedopuszczalnej zmianie jego oferty, co miało miejsce w powołanych powyżej wyrokach.

32. Możliwość uzupełniania JEDZ wynika przede wszystkim z art. 26 ust. 3 p.z.p. w zw. z art. 25a ust. 1 p.z.p. Została ona także wprost potwierdzona przez Urząd Zamówień Publicznych w opinii pt. „Czy zamawiający jest zobligowany do wezwania wykonawcy w trybie

określonym w art. 26n ust. 3 ustawy Pzp. w przypadku gdy jednolity europejski dokument zamówienia zawiera błędy w zakresie niewymagany przez zamawiającego?". Powyższe oznacza zatem możliwość uzupełnienia przez Odwołującego JEDZ na etapie składania wyjaśnień, poprzez wpisanie w miejsce lub obok usługi hiszpańskiej usługi O.. Powołane przez Zamawiającego wyroki nie dezaktualizują ani opinii UZP, ani nie uchylają art. 26 ust. 3 p.z.p.

33. Zgodnie z art. 26 ust. 3 p.z.p. (a na gruncie nowej dyrektywy art. 56 ust. 3 oraz art. 59 ust. 4 w zw. z art. 60 ust. 1 i 4) wykonawcy mogą także uzupełniać dokumenty przedłożone na potwierdzenie spełniania warunków formalnych, tj. np. wykaz usług oraz wykaz osób. W świetle powyższego, dopuszczalne zatem było w niniejszej sprawie przedłożenie przez Odwołującego wykazu usług uzupełnionego o usługę O. oraz wykazu osób uzupełnionego o Pana L.J. oraz K.K.. Działania Odwołującego były zatem prawidłowe. Niezgodne z przepisami prawa było natomiast unieważnienie przez Zamawiającego czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z 4 lipca 2017 roku.

34. Odwołujący bazował przez cały czas jedynie na własnym doświadczeniu i własnym personelu, a dopuszczalność jego uzupełniania w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. nie budzi wątpliwości ani obecnie, ani w poprzednio obowiązującym stanie prawnym. Przykładowo w wyroku z 22 sierpnia 2016 roku, sygn. akt: KIO 1453/16 potwierdzono możliwość uzupełnienia dokumentów: „Za zmianę treści oferty należy uznać wszystko to, co wykracza i wprowadza nowe elementy ponad to, co zostało objęte pierwotnym oświadczeniem wykonawcy, z zastrzeżeniem dopuszczalności uzupełniania dokumentów lub oświadczeń, o których stanowi art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych”. Z kolei w wyroku z 14 lipca 2015 roku, sygn. akt: KIO 1353/15, stwierdzono: „Wykonawca (odwołujący), od którego zamawiający żąda uzupełnienia wykazania spełniania warunków w postępowaniu powinien to zrobić ze świadomością wyjątkowości takiej sytuacji, gdyż regułą jest brak możliwości wprowadzania zmian w ofercie, a tym uzupełniania oferty, po upływie terminu składania ofert”. Powyższe nie budzi wątpliwości, jeśli się weźmie pod uwagę, że celem art. 26 ust. 3 p.z.p. było odformalizowanie postępowania i pozwolenie wykonawcom, którzy złożyli oferty korzystne pod względem kryteriów oceny ofert i korzystne merytorycznie na usunięcie uchybień w oznaczonym ustawą zakresie (por. KIO 145/16) a sama instytucja z art. 26 ust. 3 p.z.p. jest określana jako „szczególne narzędzie służące konwalidowaniu błędów wykonawców (por. KIO/KD 34/15).

35. Skoro zatem art. 26 ust. 3 p.z.p. ma umożliwić wykonawcom usunięcie błędów, które się pojawiły w dokumentach formalnych poprzez ich uzupełnienie, to za jak najbardziej zasadne należy uznać uzupełnienie przez Odwołującego w niniejszym Postępowaniu wykazu usług oraz wykazu osób. Warto dodać, że nie były to dokumenty nowe w stosunku do tych

*złożonych w celu potwierdzenie informacji zawartych w JEDZ. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 p.z.p. (procedura odwrócona), Odwołujący przedłożył także wykaz usług i wykaz osób. Z kolei na wezwanie z 4 lipca 2017 roku, Odwołujący przedłożył wykazy uzupełnione o brakujące okoliczności.*

*36. Odwołujący był uprawniony do takiego zachowaniu właśnie w oparciu o art. 26 ust. 3 p.z.p. Zgodnie bowiem z definicją słownika języka polskiego, „uzupełniać” oznacza „uczynić kompletnym, dodając to, czego brakuje” oraz „likwidować jakieś braki’ (...). Stwierdzone zatem przez Zamawiającego braki doświadczenia, Odwołujący uzupełnił poprzez usługę O.. Nie ma żadnych podstaw prawnych obowiązujących obecnie jak i w poprzednim stanie prawnym, czy też argumentów prawnych wynikających z wyroku TS, jak i wyroku KIO 1183/17, które przemawiałyby przeciwko możliwości takiego właśnie uzupełnienia doświadczenia przez Odwołującego.*

*37. Niezależnie jednak od powyższej analizy wyroków na które Zamawiający powołał się w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z Postępowania, argumentując brak po jego stronie obowiązku do wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, stwierdzić należy, że wyroki te nie stanowią podstawy dla działań podjętych w Postępowaniu przez Zamawiającego. Nie powodują one bowiem uchylecia czy ograniczenia stosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. ani nie wprowadzają jego nowej interpretacji, która by sanowała pominięcie art. 26 ust. 3 p.z.p. w niniejszej sytuacji. Zachowanie Zamawiającego było zatem niezgodne z prawem.*

*38. Ani zatem stan faktyczny wyroku TS oraz wyroku KIO 1183/17, jak i argumentacja tam przedstawiona, łącznie z lansowaną przez rzecznika generalnego metaforą zdjęcia z dnia składania ofert, nie stanowią uzasadnienia dla braku zastosowania w niniejszej sprawie art. 26 ust. 3 p.z.p. w stosunku do doświadczenia Odwołującego (tj. uwzględnienia usługi O. wskazanej w odpowiedzi na wezwanie z 4 lipca 2017 roku) jak i brak wezwania do uzupełnienia osoby na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych (por. zarzut nr 4).*

*39. Biorąc powyższe pod uwagę, Zamawiający poprzez niewezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, dopuścił się rażącego naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p.*

*40. Na marginesie Odwołujący wskazuje także na nieprawidłowy zapis protokołu postępowania. Na stronie 9, w pkt 14, w odpowiedzi na pytanie: „Zastosowano art. 26 ust 3 lub 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych” Zamawiający zaznaczył odpowiedź „tak” (dowód: protokół postępowania – załącznik numer 12). Tymczasem w związku z unieważnieniem wezwania z 4 lipca 2017 roku do uzupełnienia dokumentów odpowiedź udzielona przez Zamawiającego jest nieprawdziwa. Prawidłowa odpowiedź powinna bowiem brzmieć „nie”. Dodatkowo w tym punkcie powinna znaleźć się*

*adnotacja, że co prawda wezwanie takie Zamawiający wystosował do wykonawcy ale następnie je unieważnił, zatem należy przyjąć, że go nie było.*

*Szczegółowe uzasadnienie zarzutu nr 2*

*41. Odwołujący podnosi niniejszym, że czynność jego wykluczenia przez Zamawiającego z Postępowania była bezzasadna, bowiem wykazał spełnianie warunku doświadczenia z pkt 8.6.1 lit b) ppkt 2 IDW, Dla potwierdzenia spełniania warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, o którym mowa powyżej, Odwołujący wskazał pierwotnie dwie usługi. Pierwszą w JEDZ Lidera Konsorcjum, tj. usługę hiszpańską (okoliczność niesporna), oraz drugą w JEDZ Partnera Konsorcjum, tj. usługę (...) (dowód: str. 69 - 70 oferty Odwołującego, robota oznaczona nr 4 – załącznik numer 13).*

*42. Pomimo tego, wnosząc z zawiadomienia o wykluczeniu, Zamawiający nie zauważył usługi (...) wskazanej pierwotnie przez Odwołującego w JEDZ Partnera Konsorcjum i całkowicie ją pominął przy ocenie spełniania warunków przez Odwołującego. Zamawiający uznał bowiem błędnie, że usługa (...) została wskazana przez Odwołującego dopiero w jego wyjaśnieniach na wezwanie z 4 lipca 2017 roku. Powyższe potwierdza m.in. następujący fragment do uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania: „W odpowiedzi Wykonawca dokonał zmiany dokumentów w ten sposób, że przedstawił dwie roboty potwierdzające - zdaniem, Wykonawcy - spełnienie przedmiotowego warunku (roboty te nie były wskazane pierwotnie w JEDZ)” (załącznik numer 11, str. 2). Wobec jednoznacznej treści oferty Odwołującego, tj. str. 69-70, powyższe twierdzenie Zamawiającego jest niezgodne z prawdą.*

*43. Pominięcie usługi (...), zgłoszonej pierwotnie w JEDZ Partnera Konsorcjum, spowodowało dokonanie przez Zamawiającego błędnej oceny spełniania warunków udziału w Postępowaniu przez Odwołującego. Wskazać należy, że poza powyżej cytowanym fragment uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z Postępowania, Zamawiający nie odniósł się w ogóle do usługi (...), np. nie skomentował tego czy ona spełnia wymogi IDW czy nie, nie kierował w stosunku do niej żadnych pytań o wyjaśnienia itd. Powyższe niewątpliwie potwierdza to, że usługa ta nie była brana przez Zamawiającego pod uwagę podczas oceny spełniania warunków przez Odwołującego.*

*44. Tymczasem, w przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez kilku wykonawców w formie konsorcjum, jak to miało miejsce w Postępowaniu, zamawiający powinni badać szczegółowo dokumenty, w tym JEDZ, zarówno lidera jak i partnera konsorcjum. Zgodnie bowiem z art. 25a ust. 6 p.z.p. każdy z wykonawców tworzących konsorcjum jest zobowiązany do złożenia JEDZ. Każdy z konsorcjantów wskazuje wówczas*



w tym dokumencie zakres, w jakim spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia. Wskazaną pierwotnie w JEDZ przez Partnera Konsorcjum usługę (...) Zamawiający powinien uwzględnić i uznać, że Odwołujący spełnił wymogi IDW. Ewentualnie, w razie wątpliwości, Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do wyjaśnień w przedmiocie usługi (...). Opisane powyżej pomięcie przez Zamawiającego usługi (...) potwierdza dokonanie przez Zamawiającego błędnej oceny dokumentów Odwołującego.

45. Z uwagi jednak na brak odniesienia się przez Zamawiającego do usługi (...) w wezwaniu z 4 lipca 2017 roku, nie wiedząc czy ta usługa również została zakwestionowana przez Zamawiającego i w jakim zakresie, Odwołujący przedstawił dodatkową nową usługę w swoich wyjaśnieniach, tj. usługę O. (dowód: załącznik numer 6) z doświadczenia Partnera Konsorcjum. Usługa O. spełniała wymóg IDW w zakresie EOR, oświetlenia oraz instalacji zasilających SN i NN co bezsprzecznie potwierdza jednoznaczna referencja Strabag, załączona jako dowód do wyjaśnień Odwołującego z 10 lipca 2017 roku (dowód: referencja Strabag – załącznik numer 14).

46. Biorąc powyższe pod uwagę, na 10 lipca 2017 roku Zamawiający posiadał wiedzę, że co prawda usługa hiszpańska nie spełnia wymogów IDW, to została ona uzupełniona o własne doświadczenie Odwołującego w postaci usługi O., a jednocześnie w JEDZ Partnera Konsorcjum wskazana była jeszcze usługa (...), stanowiąca również własne doświadczenie Odwołującego. Zamawiający jednak odmówił uwzględnienia usługi O. z uwagi na to, że jego zdaniem nie będzie tu miał zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. Zamawiający pominął całkowicie usługę (...).

47. Dokonana w powyższy sposób przez Zamawiającego ocena spełniania warunków przez Odwołującego jest błędna i nie może uzasadniać wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Wykluczenie jest rozwiązaniem ostatecznym, dlatego powinno być stosowane przez zamawiających z dużą ostrożnością. Pociąga ono bowiem ze sobą doniosłe konsekwencje dla wykonawców.

48. Czynność ta jest także całkowicie nieproporcjonalna w stosunku do zaistniałej sytuacji. Zamawiający powinien był wezwać najpierw Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w przypadku posiadania wątpliwości, a nie od razu wykluczać go z Postępowania. Brak zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. przed wykluczeniem Odwołującego powoduje wadliwość tego wykluczenia (tak m.in. KIO 1645/16, KIO 918/15).

49. W zakresie nieprawidłowości powołania się przez Zamawiającego na wyrok TS jak i wyrok KIO 1183/17, aktualność zachowuje argumentacja przedstawiona w pkt 18 - 39 niniejszego odwołania.

50. Wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekome niewykazanie przez niego dysponowaniem osobą na stanowisko geodety (pkt 8.6.2 lit. a poz. 4 tabeli IDW) w osobie Pana M.C., stanowi oczywiste naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz naruszenie art. 29 ust. 1 p.z.p., nakładającego na Zamawiającego obowiązek opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń.

51. Wskazane w niniejszym odwołaniu niezgodne z przepisami p.z.p. czynności Zamawiającego dotyczą błędnego opisu przedmiotu zamówienia, poprzez niejednoznaczne określenie warunków jakie ma spełniać osoba na stanowisko geodety.

52. Zamawiający wymagał w ww. punkcie IDW, aby osoba ta posiadała następujące doświadczenie: „co najmniej 2 lata doświadczenia, w tym wykonane co najmniej 2 prace, zakończone obejmujące opracowanie materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych) dla budowy lub przebudowy zelektryzowanej linii kolejowej o długości min. 30 km”. Sformułowania użyte w tym warunku mają co do zasady liczbę mnogą, jak np. „2 prace, zakończone obejmujące (...) o długości min. 30 km”. Z powyższego zapisu Odwołujący wyczytał, że obie prace muszą mieć łączną długość min. 30 km. Prawdliwość takiej interpretacji potwierdza dodatkowo okoliczność, że niniejszej zamówienie dotyczy odcinka linii kolejowej, który sam wynosi 27 km (Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia w aktach sprawy). Zatem, jeśli by przyjąć za prawidłową argumentację Zamawiającego, o tym, że długość min. 30 km dotyczy każdej z linii z osobna, co daje łącznie min. 60 km, to wówczas wymóg posiadania doświadczenia obejmującego łącznie min. 60 km byłby nieproporcjonalny do przedmiotu niniejszego zamówienia (27 km). Powyższe przemawia dodatkowo za nieprawidłowością argumentacji Zamawiającego.

53. Pan M.C., wskazany pierwotnie przez Odwołującego na stanowisko geodety, posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie. Wykonał mianowicie wymagane prace na dwóch liniach kolejowych, o łącznej długości 40 km (23 km i 17 km), czym zgodnie z treścią IDW przytoczoną powyżej, wypełnił wymogi stawiane przez Zamawiającego.

54. Zamawiający wykluczając Odwołującego z Postępowania podniósł, że doświadczenie Pana M.C. nie spełniało wymogów IDW, bowiem wymagany kilometraż (30 km) miał, jego zdaniem, dotyczyć każdej z linii kolejowych z osobna (każda linia o długości min. 30 km). Twierdzenie Zamawiającego nie znajduje jednak uzasadnienia w obliczu przytoczonego powyżej punktu IDW.

55. Zdaniem Odwołującego zapis ten jest niewystarczająco precyzyjny, a jego brzmienie nie odpowiada gramatycznej i logicznej strukturze innych punktów zawartych w IDW. Tym

*samym należy stwierdzić, że Zamawiający formułując IDW złamał jedną z podstawowych zasad prawa zamówień publicznych. Jak podkreśliła KIO w wyroku z 20 czerwca 2016 roku, sygn. akt: (KIO 965/16): „Zamawiający stawiając określone warunki udziału w postępowaniu musi robić to w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak by umożliwić wykonawcy prawidłowe złożenie oferty”.*

*56. Zatem jeżeli Zamawiający chciał, aby wykonawcy legitymowali się zrealizowaniem dwóch prac o określonej długości - każda z linii kolejowej o długości min. 30 km, to powinien wyraźnie podkreślić to w IDW, tak jak zrobił to np. w punkcie 8.6.1. lit. a pkt 1 IDW, dotyczącym zdolności technicznej/zawodowej, w którym zastrzegł, że: Jeżeli Wykonawca będzie wykazywał się wykonaniem budowy lub przebudowy minimum 10 km sieci trakcyjnej (...) na podstawie dwóch różnych zadań, to każde z tych zadań musi obejmować odcinek nie krótszy niż 5 km”. Natomiast w treści punktu dotyczącego wymaganego doświadczenia geodety brak jest jednoznacznego wskazania, że Zamawiający chciał, aby każda z linii miała długość min. 30 km.*

*57. W związku z powyższym, Odwołujący dokonując porównania literalnego i gramatycznego brzmienie obu ww. punktów IDW, miał prawo uznać, że Zamawiającemu w punkcie 8.6.2 lit. a poz. 4 tabeli IDW chodzi o łączną długość linii kolejowych, a nie jak twierdzi obecnie Zamawiający, o dwie linie z których każda ma mieć długość min. 30 km.*

*58. Ponadto, jak wskazała KIO w wyroku z 14 W. 2009 roku, sygn. akt: KIO/UZP 1086/09, jeżeli treść dokumentacji przetargowej nie jest do końca zrozumiała i tym samym może mieć więcej niż jedną poprawną interpretację to trudno w takim wypadku jest mówić o niezgodności z treścią SIWZ i tym samym okoliczność, że wykonawca zinterpretował te postanowienia w sposób odmienny niż zamawiający, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Podobne stanowisko zajęła KIO w wyroku z 12 lutego 2013 roku, sygn. akt: KIO 191/13, stwierdzając, że: „Nieprecyzyjne i niejednoznaczne postanowienia SIWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców”.*

*59. Zatem należy uznać, że Odwołujący spełnił warunek co do geodety w osobie Pana M.C..*

*60. Powyższy wymóg 1DW jest spełniony także w przypadku kandydatury Pana L.J. W uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, Zamawiający wskazał, że doświadczenie Pana J. nie obejmuje wykonywania numerycznych map do celów projektowych. Powyższe twierdzenie jest nieprawdziwe. W załączniku nr 10, tj. wykazie osób, załączonym do wyjaśnień Odwołującego z 10 lipca 2017 roku, na str. 72-74, Odwołujący potwierdził, że doświadczenie Pana J. obejmowało wykonywanie numerycznych map do celów projektowych (dowód: wyciąg z wykazu osób dot. Pana J. – załącznik numer 15). Aby nie być gołosłownym w wykazie tym zostały wskazane szczegółowe oznaczenia wykonanych map numerycznych, tj. np. oznaczenie NGd13-7-6510-419/14 ltd., przy czym przy pierwszej pracy*

znajduje się lista 14 takich oznaczeń, a przy drugiej – 6. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przedkłada oświadczenie Pana L.J., wskazujące, że prace znajdujące się w załączniku nr 10 obejmowały przygotowanie numerycznych map do celów projektowych, na co konkretnie wskazują właśnie numery charakterystyczne wskazane przy każdej z prac (dowód: oświadczenie Pana L.J. – załącznik numer 16). W związku z powyższym twierdzenie Zamawiającego jest nieprawdziwe.

61. Dodatkowo Odwołujący podnosi, że zarówno Pan M.C. jak i Pan L.J. są niezależnymi specjalistami, osobami fizycznymi, które zobowiązany się do współpracy z Odwołującym przy niniejszym zamówieniu. Zatem można stwierdzić, że osoby te stanowią niejako własny personel Odwołującego, tj. pozyskany samodzielnie i bezpośrednio, bez potrzeby korzystania z zasobów podmiotów trzecich. Pan M.C. jest obecnie współpracownikiem Odwołującego, natomiast Pan L.J. będzie współpracował z Odwołującym w ramach niniejszego zamówienia, jeśli zostanie podjęta taka decyzja (oświadczenie Pana J. w zakresie współpracy znajduje się w aktach sprawy).

62. Wymóg dysponowania osobą na stanowisko geodety został zatem spełniony i wykazany.

#### *Szczegółowe uzasadnienie zarzutu nr 4*

63. Początkowo na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych Odwołujący wskazał Pana S.S. (wykaz osób Odwołującego – załącznik nr 10 – w aktach sprawy). Jednakże, w związku z okolicznością, że Pan S.S. zrezygnował dnia 20 lipca 2017 roku z objęcia stanowiska w niniejszym zamówieniu (dowód: oświadczenie Pana S. – załącznik numer 17), Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia informacji i dokumentów potwierdzających spełnianie nadal przez Odwołującego warunku z pkt 8.6.2 lit. a poz. 3 tabeli 1DW. Zamawiający jednak wykluczył od razu Odwołującego z Postępowania, pominiawszy zastosowanie art 26 ust. 3 p.z.p. Jako uzasadnienie tej czynności Zamawiający wskazał wyrok TS, który jednak nie zawiera ani podstawy prawnej, ani argumentacji uzasadniającej taką czynność (patrz uzasadnienie do zarzutu nr 1).

64. Odwołujący wskazuje, że przed złożeniem oferty w Postępowaniu dokonał ustaleń z Panem S. o podjęciu współpracy w przypadku uzyskania niniejszego zamówienia, czego potwierdzeniem jest zobowiązanie podpisane własnoręcznie przez Pana S. oraz przedłożony wykaz osób (dowód: zobowiązanie Pana S. – załącznik numer 18, wykaz osób w aktach sprawy). Odwołujący na tamten moment nie miał jednak wiedzy w przedmiocie startowania Pana S. w innym, równoległym postępowaniu, i to dotyczącym stanowiska objętego zakazem z art. 24 ust. 2 Prawa budowlanego. O tej okoliczności Odwołujący powziął wiadomość dopiero z wezwania Zamawiającego z 19 lipca 2017 roku (dowód: oświadczenie Pana S. –

*załącznik numer 17).*

*65. Odwołujący skontaktował się wówczas niezwłocznie z Panem S., w celu weryfikacji informacji przekazanej przez Zamawiającego oraz potwierdzenia jego zaangażowania w niniejsze zamówienie. Pan S. poinformował jednak Odwołującego o rezygnacji z niniejszego zamówienia (dowód: oświadczenie Pana S. – załącznik numer 17).*

*66. W związku z powyższym, Odwołujący niezwłocznie poinformował Zamawiającego, że pomimo rezygnacji Pana S., warunek IDW w zakresie dysponowania osobą na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych jest nadal spełniony i wskazał na to stanowisko Pana K.K. wraz z wnioskiem o wezwanie go do uzupełnienia dokumentów w tym zakresie.*

*67. W świetle art. 26 ust. 3 p.z.p. Zamawiający powinien był wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających spełnianie warunku w zakresie osoby na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych przed wykluczeniem z Postępowania (por. KIO 1645/16, KIO 918/15).*

*68. Sytuacja, która miała miejsce w związku z zaangażowaniem Pana S. w niniejsze zamówienie może być bowiem porównana np. do rezygnacji członka zarządu wykonawcy po terminie składania ofert czy do niemożliwych do przewidzenia zdarzeń losowych, jak ciężka choroba osoby wskazanej na dane stanowisko, która stała się wiadoma dopiero po terminie składania ofert czy nawet jej śmierć. Nie budzi wątpliwości, że wówczas zamawiający, powziąwszy taką wiedzę, wezwałby wykonawcę do wyjaśnienia czy nadal spełnia on warunki postępowania. Zgodnie bowiem z nowym podejściem co do aktualności informacji i dokumentów składanych przez wykonawców, muszą oni spełniać warunki formalne przez całe postępowanie. Zatem, uznając, że niniejsza sytuacja jest zbieżna z przykładami wymienionymi powyżej, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do wykazania, czy warunek odnośnie kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych jest nadal spełniony. Ta okoliczność nie była bowiem jeszcze wyjaśniana w ramach Postępowania.*

*69. W zakresie nieprawidłowości powołania się przez Zamawiającego na wyrok TS i wyrok KIO 1183/17, aktualność zachowuje argumentacja przedstawiona w pkt 18 - 39 niniejszego odwołania.*

Pismem z 2 sierpnia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że 1 sierpnia 2017 r. przesłał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu.

4 sierpnia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pisemnej zgłoszenie przez P.E. S.A. z siedzibą w W. przystąpienia do postępowania odwoławczego po

stronie Zamawiającego.

Wobec dokonania zgłoszenia w odpowiedniej formie, z zachowaniem 3-dniowego terminu oraz wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania (zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp) – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia, co do którego nie zgłoszono również opozycji.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, szczegółowo uzasadniając swoje stanowisko w złożonym na posiedzeniu z udziałem Stron piśmie {datowanym na 10 sierpnia 2017 r.}.

11 sierpnia 2017 r. na posiedzeniu z udziałem Stron i Przystępującego Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie {datowaną na 8 sierpnia 2017 r.}, wnosząc o jego oddalenie i wskazując argumentację dla uzasadnienia swojego stanowiska.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i dalszym piśmie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:**

Z art. 179 ust. 1 pzp wynika, że odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego

zamówienia, gdyż złożył ofertę, która wedle kryteriów oceny może się okazać najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp dotyczącymi wykluczenia go z postępowania, co uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba uznała za konieczne przypomnienie, że zgodnie z art. 192 ust. 7 pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z kolei według art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni – podając uzasadnienie faktyczne i prawne. Otóż w sytuacji, jaka zaistniała w tym postępowaniu odwoławczym, gdy wykonawca odwołuje się od decyzji zamawiającego eliminującej go z postępowania (np. wykluczenia właśnie), uzasadnienie faktyczne i prawne podane przez zamawiającego wykonawcy wyznacza maksymalny zakres kognicji Izby. Nie można wymagać bowiem od wykonawcy, aby odwoływał się od decyzji, dla której uzasadnienia mu nie podano. Innymi słowy podane wykonawcy przez zamawiającego uzasadnienie, zwłaszcza faktyczne, konstytuuje czynność podjętą przez Zamawiającego względem wykonawcy, który może i musi ją zwalczać wyłącznie w zakresie okoliczności, które legły u jej podstaw i zostały mu zakomunikowane. Oczywiście jest bowiem, że zastosowanie danej podstawy prawnej wykluczenia mogą uzasadniać różnorodne okoliczności faktyczne. Zatem nie tylko wskazany przepis, ale przede wszystkim skonkretyzowane okoliczności faktyczne uzasadniające jego zastosowanie, wyznaczają czynność podjętą przez zamawiającego, a w konsekwencji – jeżeli wykonawca odwoła się od niej – zakres kognicji Izby. Powyższe przepisy służą temu, aby wykonawca miał szansę skutecznego zakwestionowania decyzji zamawiającego, co nie jest możliwe lub poważnie utrudnione, gdy nie zna powodów jej podjęcia.

Z tego względu poza zakresem rozpoznania w tej sprawie były podnoszone przez Zamawiającego i Przystępującego w toku postępowania odwoławczego okoliczności, które nie zostały uwzględnione w uzasadnieniu zawiadomienia o wykluczeniu z 24 lipca 2017 r., co poniżej zostało zasygnalizowane przy okazji rozstrzygnięcia poszczególnych zarzutów. Aby mogły one stać się przedmiotem rozpoznania w tej sprawie, konieczne było ich uprzednie wskazanie w uzasadnieniu wykluczenia przekazanemu Konsorcjum E..

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 1. i 2. listy zarzutów – zarzut 1 i 2 uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

W JEDZ zawartych w ofercie na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 instrukcji dla wykonawców {dalej również: „instrukcja”, „IDW” lub „i.d.w.”} (stanowiącej tom I s.i.w.z.) Konsorcjum E. wskazało:

- 1) w JEDZ E. – wykonanie projektu budowlanego i wykonawczego na potrzeby oświetlenia tuneli (długość 700 m) w ramach zadania „Zaprojektowanie i wykonanie prac elektryfikacji 25kV sieci jezdnej, systemów z nią związanych oraz zdalnego sterowania energią na odcinku T. - X. nowego połączenia kolejowego dużych prędkości M. - K. - region W. - region M., 3.15/20810.0079” zrealizowanego w okresie 10.2015-12.2016 {str. 28-29 oferty; dalej: „usługa hiszpańska”};
- 2) w JEDZ T. – zaprojektowanie i wykonanie robót dotyczących dostosowania urządzeń EOR i urządzeń oświetleniowych w głowicach rozjazdowych stacji W. P. – podg. W. i podg. Ł do obecnie obowiązujących wymagań w ramach zadania „Modernizacja linii kolejowej (...) na odcinku W. - P. Etap II, na odcinku W. - granica W.D.” zrealizowanego w okresie 10.2015-12.2015 {str. 69-70 oferty; dalej: „usługa (...)”}

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 24aa ust. 1 oraz art. 26 ust. 3 pzp z 5 czerwca 2017 r. Konsorcjum E. złożyło jako załącznik do swojego pisma z 19 czerwca 2017 r. m.in. wykaz robót budowlanych (sporządzony według wzoru z załącznika nr 9 do i.d.w.) dla potwierdzenia spełniania warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 i.d.w., w którym wyszczególniono jedynie usługę hiszpańską.

W piśmie z 4 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp do złożenia na potwierdzenie warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. b) pkt 2 wykazu robót „uzupełnionego o wymagane doświadczenia, lub wykazanie nowego doświadczenia” (wraz z dowodem potwierdzającym, że usługi te zostały wykonane należycie). Zamawiający sprecyzował, że w złożonym wykazie brak jest w opisie zakresu wykonanych prac informacji, że opracowanie projektowe obejmowało projekt EOR oraz instalacji zasilających SN i NN.

Z treści powyższego pisma nie wynika, że Zamawiający zidentyfikował zaistniałą rozbieżność pomiędzy JEDZ a wykazem robót i wzywa również do uzupełnienia wykazu o drugą usługę wskazaną w ofercie.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z 7 lipca 2017 r. Konsorcjum E. wskazało, że składa zarówno uzupełniony JEDZ T., jak i uzupełniony załącznik nr 9 do i.d.w., w których wyszczególniono zarówno usługę hiszpańską, jak i usługę (...), a dodatkowo jako trzecią (drugą w JEDZ T.) wskazano:

– prace projektowe dotyczące instalacji NN i SN, oświetlenia terenów kolejowych, elektrycznego ogrzewania rozjazdów (EOR) oraz budowy stacji transformatorowej w ramach wykonania prac projektowych i robót budowlanych na linii kolejowej nr (...) O. - C., prac na



szlaku Ź. - O. w torze nr 1 oraz podłączenia bocznicy we W. wraz z przesunięciem granicy stacji w ramach zadania pn.: „Prace na liniach kolejowych nr (...), (...) na odcinku O./Ł. - K. - J. - W. - G.” {dalej: „usługa oleśnicka”}.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do wyjaśnienia, czy w ramach usługi hiszpańskiej była opracowywana dokumentacja projektowa (wykonawcza) w zakresie budowy lub przebudowy sieci elektroenergetycznej (EOR i instalacje zasilające SN i NN), Konsorcjum E. w wyjaśnieniach z 17 lipca 2017 r. odpowiedziało negatywnie na zadane pytanie.

Jednocześnie Konsorcjum E. wyjaśniło, że przedstawiło trzy należycie wykonane przez siebie zamówienia, które łącznie potwierdzają spełnienie warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 i.d.w., w szczególności odnośnie opracowania projektowego obejmującego EOR oraz instalacje zasilające SN i NN wykazało doświadczenie zdobyte w związku ze zrealizowaniem usługi (...).

Pismem z 19 lipca 2017 r. Zamawiający zawiadomił Konsorcjum E. o unieważnieniu swojego wezwania z 4 lipca 2017 r. do uzupełnienia dokumentów w części dotyczącej wezwania do wykazania nowego doświadczenia potwierdzającego warunek określony w pkt 8.6.1 lit. b) pkt 2 i.d.w.

Z podanego w piśmie z 24 lipca 2017 r. uzasadnienia wynika, że Zamawiający stwierdził niewykazanie spełnienia przez Konsorcjum E. warunku określonego w pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 i.d.w. biorąc pod uwagę wyłącznie usługę hiszpańską.

Natomiast zarówno usługa (...), jak i usługa oleśnicka nie były przedmiotem analizy, gdyż obie zostały uznane za wykazanie nowego doświadczenia, a zdaniem Zamawiającego „w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2017 r. sygn. akt: KIO 1183/17, który potwierdził, iż wnioski płynące z wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-378/14 (E. sp. z o.o. przeciwko W.Ł.) mają charakter generalny”, a tym samym Zamawiający nie może brać pod uwagę zmiany przez Konsorcjum E. na etapie badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazanego doświadczenia w sytuacji, gdy pierwotnie wskazane w ofercie doświadczenie nie spełniało postawionego warunku.

W toku rozprawy Zamawiający faktycznie przyznał, że usługa oleśnicka spełnia warunek, gdyż element, którego miałoby brakować w opisie zawartym w wykazie (wykonanie projektu wykonawczego), faktycznie został potwierdzony w treści referencji.

Reasumując, Izba uznała za istotne, że Zamawiający przy ocenie spełniania przez Konsorcjum E. warunku z pkt 8.6.1 lit b) pkt 2 i.d.w.. w ogóle nie brał pod uwagę ani usługi (...), ani usługi Oleśnickiej. W konsekwencji w treści przekazanego uzasadnienia Zamawiający nie odniósł się (a tym samym nie zakwestionował) do podnoszonej w wyjaśnieniach Konsorcjum E. możliwości wykazania spełniania tego warunku przez

wskazanie kilku usług, które łącznie obejmują zakres rzeczowy opisany w jego treści.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty nr 1 i 2 są zasadne.

Z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Według art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni – podając uzasadnienie prawne i faktyczne.

Ponieważ Zamawiający wbrew rzeczywistemu stanowi rzeczy zaliczył usługę (...) do doświadczenia nowo wykazanego, już z tego względu decyzja o wykluczeniu z postępowania Konsorcjum E., jako podjęta w oparciu o wadliwe ustalenia faktyczne, nie może zostać uznana za prawidłową. Odwołujący trafnie zarzucił, że w ramach oceny spełniania przez Konsorcjum E. warunku określonego w pkt 8.6.1 lit b) pkt 2 i.d.w. Zamawiający bezpodstawnie nie wziął pod uwagę wykazywanego od początku w ofercie doświadczenia zdobytego przy realizacji usługi (...).

Natomiast poza zakresem kognicji Izby w tej sprawie pozostaje rozstrzygnięcie kwestii, czy wykazanie powyższego warunku możliwe było przez sumowanie doświadczenia zdobytego przy realizacji więcej niż jedna usługa, z których każda obejmowała inny element wyszczególniony w opisie warunku, tak, aby łącznie wykazać zakres rzeczowy wynikający z tego opisu. Jak już powyżej ustalono, Zamawiający zajął stanowisko w tej kwestii dopiero w odpowiedzi na odwołanie, a zatem nie stanowi ono podstawy faktycznej decyzji, od której odwołało się Konsorcjum E.. W konsekwencji bez znaczenia dla rozstrzyganej sprawy były również obszernie wywody odnośnie tej kwestii zawarte w piśmie Przystępującego.

Niezależnie od powyższego błędu co do ustaleń faktycznych Zamawiający błędnie

zinterpretował wyrok Trybunału Sprawiedliwości {dalej również: „Trybunał” lub „TS” z 4 maja 2017 r. wydany w sprawie C-378/14 (E. sp. z o.o. przeciwko W.Ł.) jako przesądzający o niemożliwości wezwania Konsorcjum E. na podstawie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w okolicznościach prowadzonego przez siebie postępowania.

W pierwszej kolejności Izba uznała za celowe przytoczenie obszernych fragmentów powyższego orzeczenia, z zaznaczeniem istotnych zdaniem Izby fragmentów, dla uwypuklenia stanu faktycznego, który został ustalony w tej sprawie, a także kwestii, które na tym tle zostały faktycznie rozstrzygnięte, co wymaga w szczególności skonfrontowania zakresu trzech zadanych pytań {mogących mieć znacznie w tej sprawie} i udzielonej na nie wspólnej odpowiedzi.

33 (...) Krajowa Izba Odwoławcza postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

1) Czy art. 51 [dyrektywy 2004/18] w związku z deklarowaną w art. 2 [tej dyrektywy] zasadą równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zasadą przejrzystości zezwalają na to, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać realizacje (tj. wykonane dostawy) inne niż te, które wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, a w szczególności czy może wskazać realizacje innego podmiotu, na korzystanie z zasobów którego nie wskazywał w ofercie?

2) Czy w świetle orzeczenia Trybunału z dnia 10 października 2013 r., Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)], z którego wynika, że »zasadę równego traktowania należy interpretować w ten sposób, że nie stoi ona na przeszkodzie wezwaniu kandydata przez instytucję zamawiającą, po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, do przedstawienia dokumentów opisujących sytuację kandydata, na przykład sprawozdań finansowych, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu zgłoszeń, o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnie wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata«, art. 51 dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że uzupełnianie dokumentów jest możliwe jedynie w zakresie dokumentów, co do których można w sposób obiektywny ustalić, iż istniały przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, czy też że Trybunał wskazał tylko jedną z możliwości, a uzupełnianie dokumentów możliwe jest także w innych przypadkach, np. poprzez dołączenie dokumentów, które nie istniały przed tym terminem, lecz które w sposób obiektywny mogą potwierdzić spełnienie warunku

3) W przypadku odpowiedzi na pytanie drugie wskazującej, że możliwe jest uzupełnianie także dokumentów innych niż wskazane w orzeczeniu z dnia 10 października 2013 r.,

Manova [(C-336/12, EU:C:2013:647)]: czy możliwe jest uzupełnianie dokumentów sporządzanych przez wykonawcę, podwykonawców lub inne podmioty, na których zdolności wykonawca się powołuje, w przypadku gdy nie zostały one przedstawione wraz z ofertą?

(...)

34 W pytaniach od pierwszego do trzeciego, które należy rozpatrzyć łącznie, sąd odsyłający dąży w istocie do ustalenia, czy art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, iż stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa w sprawie zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.

(...)

41 W niniejszym przypadku Konsultant Komputer przedłożył instytucji zamawiającej po upływie terminu zgłoszeń do udziału w rozpatrywanym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokumenty, które nie znajdowały się w jego pierwotnej ofercie. W szczególności, jak wskazano w pkt 27 niniejszego wyroku, wykonawca ten wskazał zamówienie zrealizowane przez podmiot trzeci oraz dostarczył zobowiązanie tego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji zamówienia rozpatrywanego w postępowaniu głównym.

42 Takie wyjaśnienia z pewnością zaś nie są jedynie zwykłym wyjaśnieniem szczegółów lub sprostowaniem oczywistej omyłki w rozumieniu orzecznictwa przypomnianego w pkt 38 niniejszego wyroku i stanowią de facto istotną i znaczącą zmianę pierwotnej oferty, przypominająca raczej przedstawienie nowej oferty.

43 Jak bowiem wskazał w istocie rzecznik generalny w pkt 30 opinii, takie uzupełnienie dokumentów ma bezpośredni wpływ na kluczowe elementy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż warunkuje samą tożsamość wykonawcy, któremu zostanie ewentualnie udzielone zamówienie, oraz na wynik weryfikacji zdolności tego wykonawcy, a zatem jego zdolności do zrealizowania rozpatrywanego zamówienia w rozumieniu art. 44 ust. 1 dyrektywy 2004/18.

44 W tych okolicznościach, gdyby instytucja zamawiająca dopuściła, by dany wykonawca złożył omawiane dokumenty w celu uzupełnienia swej pierwotnej oferty, w sposób nieuzasadniony potraktowałaby tego wykonawcę korzystniej w stosunku do innych kandydatów i tym samym naruszyłaby zasady równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców, a także wynikający z nich obowiązek przejrzystości, którym podlegają zgodnie

z art. 2 dyrektywy 2004/18 instytucje zamawiające.

45 Z powyższego wynika, że odpowiedź na pytania od pierwszego do trzeciego powinna brzmieć tak, iż art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta, takie jak umowa zamówienia zrealizowanego przez podmiot trzeci oraz jego zobowiązanie do oddania do dyspozycji tego wykonawcy zdolności i środków niezbędnych do realizacji rozpatrywanego zamówienia.

Odnotać należy również, że powyższe rozstrzygnięcie dotyczy wykładni dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 7, s. 132) {dalej: „dyrektywa 2004/18/WE”}, a konkretnie art. 2 (zasady udzielenia zamówień), art. 44 (weryfikacja predyspozycji i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień) ust. 1 i 2, art. 48 (kwalifikacje techniczne i/lub zawodowe) ust. 1, 2 lit a) pkt ii) oraz ust. 3 i 4, art. 51 (dokumenty i informacje dodatkowe) mającej znaczenie dla interpretacji przepisów ustawy pzp (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907, 984, 1047, 1473, i Dz.U. z 2014 r., poz. 423), a konkretnie art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 2b, 3 {choć literalnie nie został wskazany w ramach prawnych rozstrzygnięcia, jest odnotowany w opinii rzecznika} i 4 – czyli przepisów aktualnie już nieobowiązujących.

Przed wszystkim umknęło uwadze Zamawiającego (i Przystępującego), że choć powyższe trzy pytania zadane przez sąd krajowy zmierzały do uzyskania odpowiedzi dotyczącej szerszego zakresu zagadnień niż związanych ze stanem faktycznym rozstrzyganej przez siebie sprawy (czyli dopuszczalności uzupełnienia wykazu o inne dostawy niż objęte wykazem załączonym do oferty), Trybunał w ślad za rzecznikiem generalnym udzielił odpowiedzi wyłącznie w odniesieniu kwestii możliwości takiego uzupełnienia w sytuacji zaistniałej w analizowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia, czyli dopuszczalności powołania się po upływie terminu składania ofert na doświadczenie innego podmiotu, którego nie wskazał w pierwotnej ofercie.

W ocenie Trybunału wykonawca, który w momencie składania oferty opiera się jedynie na własnych zdolnościach, nie jest uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Kluczowe dla stanowiska Trybunału w tym zakresie wydaje się przekonanie, że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby swoistą

zmianą podmiotową po stronie wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Taki kierunek rozumowania wskazywał rzecznik generalny w swojej opinii {do tego odnosiło się obrazowe porównanie do fotografii oferty wg stanu jej złożenia, którą można jedynie powiększać, aby zobaczyć niewyraźne szczegóły}, a Trybunał w wyroku podzielił to stanowisko. Trybunał przesądził zatem, że w sytuacji, gdy wykonawca składając ofertę dla potwierdzenia spełnienia konkretnego warunku udziału opiera się jedynie na własnych zdolnościach, a okaże się, że przedłożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia tego warunku, nie może w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego przedstawić dokumentów podmiotów trzecich i dopiero na tym etapie powołać się na ich zdolności w celu wykazania spełnienia warunku.

W powyższym wyroku Trybunał nie wywiódł z analizowanych na tle rozstrzyganego stanu faktycznego przepisów generalnego zakazu uzupełniania dokumentów o inne niż wykazane w ofercie zamówienia w każdej sytuacji, gdy okaże się, że nie są one wystarczające dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału. Wręcz przeciwnie, choć nie było to przedmiotem rozważań Trybunału w powyższej sprawie, możliwość uzupełnienia, na przykładzie warunku doświadczenia, wykazu zrealizowanych zamówień o inne własne realizacje przez wykonawcę, który w chwili składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach (co dotyczy Konsorcjum E. w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego) wprost dopuszcza rzecznik generalny w swojej opinii {zob. pkt 34 opinii, gdzie po wskazaniu, że wykonawca nie może dopisywać do wykazu nowych przykładów doświadczenia nabytego przez inne podmioty, opatrzone następującym przypisem: „Pomimo iż nie jest to przedmiotem sporu w niniejszej sprawie, nie wykluczam możliwości, że oferentowi można by zezwolić na wskazanie innych własnych doświadczeń”}.

Stanowisko wyrażone przez Trybunał i rzecznika generalnego jest również przydatne przy interpretacji przepisów aktualnie obowiązującej dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.) {dalej: „dyrektywa 2014/24/UE”}, w tym art. 56 ust. 3, zgodnie z którym, jeżeli informacje lub dokumentacja złożone przez wykonawców są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające niniejszą dyrektywę stanowią inaczej – zażądać, aby wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali te informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem pełnego poszanowania zasad równego traktowania i przejrzystości. Czyli nadal takie uzupełnienie, doprecyzowanie i skompletowanie informacji i dokumentacji nie może obejmować powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach.

Interpretację taką wzmocnia fakt, że dyrektywa 2014/24/UE w art. 63 ust. 1 akapit drugi reguluje wprost sytuację, w której wykonawca powołuje się na zdolności podmiotów trzecich, a te nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, nakazując wykonawcy zastąpienie podmiotu trzeciego. Jednocześnie dyrektywa 2014/24/UE nadal nie przewiduje możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśniania i uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału przez wykonawcę, który w momencie składania oferty opierał się jedynie na własnych zdolnościach. W tym właśnie zakresie zastosowanie znajdzie zakaz sformułowany przez Trybunał w omawianym wyroku w sprawie E..

Nie sposób nie wziąć pod uwagę odnośnie że według aktualnie obowiązującego art. 22a ust. 6 ustawy pzp (stanowiącym implementację przywołanego powyżej art. 63 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE) jeżeli m.in. zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu trzeciego nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek zażądać, aby wykonawca w określonym terminie: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe odpowiadające wymaganemu warunkowi. W konsekwencji, gdy na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1-2 ustawy pzp wykonawca nie przedłoży dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego, lub przedłoży dokumenty, które w szczególności nie potwierdzają dysponowania przez wykonawcę niezbędnymi zasobami, lub wykonawca nie przedłoży wszystkich lub niektórych z tych dokumentów, aktualizuje się obligatoryjny wymóg wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych dokumentów, wynikający z aktualnie obowiązującego art. 26 ust. 3 ustawy pzp (stanowiącego z kolei implementację przywołanego powyżej art. 56 ust. 3 dyrektywy 2014/24/UE). W odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca przedkłada wymagane dokumenty niezawierające błędów dotyczące zgłoszonego podmiotu trzeciego lub wszystkie dokumenty dotyczące nowego podmiotu trzeciego (łącznie ze zobowiązaniem do udostępnienia zasobu) albo wykonawca osobiście potwierdza spełnienie warunku, którego dotyczył zasób podmiotu trzeciego.

Zatem de lege lata powyższe przepisy wprost przewidują, jeżeli okaże się na etapie badania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, który polegał w tym zakresie na zdolnościach podmiotu trzeciego, obowiązek zamawiającego wezwania go do uzupełnienia dokumentów i prawo wykonawcy do złożenia dopiero na tym etapie dokumentów potwierdzających, że samodzielnie spełnia te warunki. Oczywiście jest, że musi się to wiązać ze złożeniem nowych dokumentów, a przede wszystkim pojawieniem się zupełnie nowych informacji w stosunku do tych, które wynikały z dokumentów uprzednio złożonych. Tym bardziej nie ma zatem uzasadnienia odmawianie takiego uprawnienia

wykonawcy, który niezmiennie wykazuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu w oparciu o własne zdolności.

Odnosząc powyższe do ustalonych powyżej okoliczności, Izba zważyła, że Zamawiający nie miał podstaw prawnych, aby anulować wezwanie Konsorcjum E. do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie warunku wynikającego z pkt 8.6.1 lit. b) ppkt 2 i.d.w., a w konsekwencji błędnie uznał, że Konsorcjum E. nie spełnia tego warunku, nie biorąc w ogóle pod uwagę usługi oleśnickiej.

Reasumując, potwierdziły się zatem zarzuty odwołania co do naruszenia przez Zamawiającego zarówno art. 26 ust. 3 pzp w zw. z art. 7 ust. 1 pzp, jak i art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 pzp.

Przy ponownej ocenie spełniania przez Konsorcjum E. warunków udziału w postępowaniu Zamawiający winien wziąć pod uwagę, że z orzecznictwa Izby nie wynika zakaz brania pod uwagę zawartych w treści dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówienia ujętego w wykazie dodatkowych informacji odnośnie spełniania warunku, których np. brakuje w samym wykazie. Stanowiłoby to wyraz niczemu nie służącego nadmiernego formalizmu. Natomiast 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.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 3 listy zarzutów – zarzut 3. uzasadnienia}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z opisem warunku określonego w pkt 8.6.2 lit. a) poz. 4 wiersz dot. doświadczenia tabeli i.d.w. wymagane było wykazanie przez wykonawcę, że dysponuje 1 geodetą, który ma co najmniej 2 lata doświadczenia, w tym wykonał co najmniej 2 prace obejmujące opracowanie materiałów geodezyjnych (w tym numerycznych map do celów projektowych) dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej o długości min. 30 km.

Zarówno wykładnia językowa według reguł znaczeniowych języka polskiego, jak i wykładnia funkcjonalna z uwzględnieniem opisu przedmiotu zamówienia i zasad logiki



prowadzą do wniosku, że każda z prac wykonanych przez geodetę musi obejmować opracowanie materiałów geodezyjnych dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej o długości min. 30 km. Zamawiający trafnie podkreślił w piśmie z 24 lipca 2017 r., że ponieważ według brzmienia warunku wymagany kilometraż dotyczy „linii kolejowej”, a nie „linii kolejowych”, nie można uznać, że wykazanie dwóch usług, z których jedna dotyczyła jednej linii kolejowej o długości 23 km, a druga innej linii kolejowej o długości 17 km, jak to wskazano dla osoby zgłoszonej w JEDZ zawartym w ofercie Konsorcjum E. (a następnie w wykazie osób sporządzonym według wzoru z załącznika nr 10 do i.d.w.), oznacza opracowanie materiałów geodezyjnych dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej o długości co najmniej 30 km. Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że przedmiot zamówienia dotyczy przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej o długości 27 km, a zatem zbliżonej do wymaganego minimalnego kilometrażu w ramach warunku. Brzmienie warunku wyraża zatem oczekiwanie, aby wykonawca dysponował geodetą, który z racji co najmniej dwukrotnej obsługi geodezyjnej budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej o długości min. 30 km nabył odpowiednią wprawę i jest zdolny do wykonania tych czynności w sposób powtarzalny, co najmniej po raz trzeci, tym razem w ramach przedmiotowego zamówienia.

Natomiast interpretacja sugerowana w odwołaniu prowadzi ad absurdum. Po pierwsze – eliminowałoby usługi, w ramach których geodeta opracował materiały geodezyjne dla linii kolejowej o długości 30 km lub większej, gdyż wymagany kilometraż musiałby wynikać z co najmniej 2 prac. Po drugie – sugerowałaby, że z im większej liczby usług wynika osiągnięcie wymaganego kilometrażu, tym lepiej, czyli może to być np. 30 prac, z których każda dotyczyła usług geodezyjnych obejmujących opracowanie materiałów geodezyjnych dla budowy lub przebudowy zelektryfikowanej linii kolejowej o długości 1 km. W oczywisty sposób wypacza to sens warunku, który został opisany w sposób prawidłowy.

W piśmie z 4 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp do złożenia na potwierdzenie spełniania warunku określonego w pkt 8.6.2 lit. a) poz. 4 i.d.w., czyli dysponowania geodetą o wymaganych uprawnieniach i doświadczeniu, wykazu osób „uzupełnionego o wymagane doświadczenia” dla osoby wskazanej w tym wykazie lub o wskazanie nowej osoby. Zamawiający sprecyzował, że doświadczenie wykazane dla osoby wskazanej w złożonym wykazie nie dotyczy opracowań na linii o długości min. 30 km, gdyż z opisu wynika, że pierwsza praca wykonana była dla 23. km linii kolejowej, natomiast druga praca dla 17. km linii kolejowej.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie w piśmie z 7 lipca 2017 r. Konsorcjum E. wskazało, że choć podtrzymuje zgłoszenie osoby wskazanej pierwotnie jako posiadającej wymagane doświadczenie (wg interpretacji, którą podtrzymano następnie w odwołaniu),

jednak z ostrożności wskazało dodatkowo na stanowisko geodety inną osobę, dla której zarówno w treści tego pisma, jak i uzupełnionym JEDZ oraz wykazie osób wykazało następujące doświadczenie:

- 1) w okresie 05.2014-12.2015 wykonanie map do celów projektowych, obsługi budowy oraz inwentaryzacji na łącznej długości 51 km, zgodnie z umową nr K/12/2014 zawartą 14.05.2014, a dotyczącą zamówienia wynikłego z umowy nr 90/116/0004/14/Z/I z 30.04.2014 pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu << Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych – etap II>> POliŚ 7.1-80 w zakresie zamówienia częściowego nr 3: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na przejazdach kolejowych na terenie W.K.P.”;
- 2) w okresie 11.2010-08.2011 wykonanie map do celów projektowych, obsługi budowy oraz inwentaryzacji na łącznej długości 31 km, zgodnie z umową nr K/15/2014, zlecenie nr NHS-234/2014, dotyczących zamówienia wynikłego z umowy nr 90/116/0003/14/Z/I z 30.04.2014 pn. „Zaprojektowanie i wykonanie robót w ramach projektu << Poprawa bezpieczeństwa i likwidacja zagrożeń eksploatacyjnych na przejazdach kolejowych – etap II>> POliŚ 7.1-80 w zakresie zamówienia częściowego nr 2: zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych na przejazdach kolejowych na terenie W.M., P. i L..

Pismo z 19 lipca 2017 r. Zamawiającego nie unieważniało powyżej przywołanego wezwania z 4 lipca 2017 r.

Z podanego w piśmie z 24 lipca 2017 r. uzasadnienia wynika, że Zamawiający stwierdził niewykazanie spełnienia przez Konsorcjum E. warunku określonego w pkt 8.6.2 lit.

a) poz. 4 i.d.w. dotyczącego geodety z następujących powodów:

– po pierwsze – osoba zgłoszona pierwotnie na to stanowisko nie ma wymaganego doświadczenia {z powodu opisanego powyżej, który był podstawą wezwania do uzupełnienia z 4 lipca 2017 r.};

– po drugie – osoba zgłoszona w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia nie może być wzięta pod uwagę, gdyż „w związku z wyżej przywołanym orzeczeniem ETS nie jest dopuszczalna zamiana osób potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

– po trzecie – jak wskazano, „na marginesie”, dla osoby tej nie wykazano wymaganego doświadczenia w zakresie wykonania numerycznych map dla celów projektowych.

Reasumując, Izba uznała za istotne, że Zamawiający przy ocenie spełniania przez Konsorcjum E. warunku z pkt 8.6.2 lit. a) poz. 4 i.d.w. dotyczącego geodety, choć w tym zakresie nie unieważnił swojego wezwania do uzupełnienia dokumentów, ostatecznie nie wziął pod uwagę zgłoszonej w ramach uzupełnienia osoby. Ponadto Zamawiający nie sprecyzował, na jakiej podstawie uznał, że osoba ta nie wykonywała numerycznych map

dla celów projektowych, gdyż w ogóle nie odniósł się do treści dokumentów uzupełnionych, uznając tę kwestię za marginalną, czyli nie stanowiącą zasadniczego powodu wykluczenia. Zamawiający nie zwracał się również do Konsorcjum E. w trybie art. 26 ust. 4 pzp o wyjaśnienie uzupełnionych dokumentów w odniesieniu do tej kwestii.

Tymczasem do Odwołania załączono oświadczenie tej osoby, która potwierdziła, że wyszczególnione w uzupełnionym wykazie nr charakterystyczne stanowią oznaczenia numerycznych map do celów projektowych, które zostały wykonane w ramach usług geodezyjnych wyszczególnionych w wykazie {załącznik nr 16 do odwołania}. Natomiast Zamawiający i Przystępujący nie przedstawili żadnego przeciwdowodu, który potwierdzałby ich twierdzenia, że w ramach usług wskazanych w wykazie osób jako doświadczenie tej osoby nie były wykonywane mapy numeryczne do celów projektowych.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut nr 3 jest zasadny w istotnym zakresie.

Z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei według art. 26 ust. 4 pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust.1 pzp.

Według art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni – podając uzasadnienie prawne i faktyczne.

Zarzut odwołania jest oczywiście niezasadny w tej części, w której Odwołujący domaga się stwierdzenia, że osoba pierwotnie wskazana przez niego na stanowisko geodety posiada doświadczenie wymagane w ramach warunku wynikającego z pkt 8.6.2 lit. a) poz. 4 i.d.w. Odwołujący jako profesjonalny wykonawca nie powinien mieć żadnych wątpliwości co

do tego, że należało wykazać doświadczenie w obsłudze geodezyjnej polegające na dwukrotnym wykonaniu określonych w treści warunku opracowań dotyczących linii kolejowej o długości co najmniej 30 km.

Jednakże potwierdził się zarzut, że Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Konsorcjum E. nie ma uprawnienia do wskazania innej osoby w miejsce osoby niespełniającej warunku w ramach obligatoryjnej procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 pzp.

Powołanie się w tym zakresie na wyrok Trybunału Sprawiedliwości jest nieuzasadnione z powodów wskazanych przy rozstrzygnięciu poprzednich zarzutów.

Co prawda nie zostało to ujęte w ramach podanego Konsorcjum E. uzasadnienia faktycznego i prawnego, ale Izba uznała za celowe odniesienie się do argumentacji z odpowiedzi na odwołanie, jakoby nowo zgłoszona osoba stanowiła podmiot trzeci, który sam siebie udostępnia, a nie zasób własny Konsorcjum E.. Stanowisko takie Izba poczytuje za swoiste przyznanie przez Zamawiającego, że powoływany przez niego wyrok Trybunału w sprawie C-378/14 odnosił się wyłącznie do wykazywania warunków udziału za pomocą podmiotów trzecich w sytuacji, gdy okazało się, że wykonawca sam ich nie spełnia. Wyłącznie tym można tłumaczyć karkołomną próbę wykazania, że osoby fizyczne, które zobowiązały się bezpośrednio do współpracy z Konsorcjum E. należy zaliczyć do podmiotów trzecich, które same się udostępniają, a nie do zasobów własnych Wykonawcy.

Tymczasem już dawno przesądzono, że należy odróżnić bezpośrednio i pośrednio dysponowanie przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W pierwszym przypadku więź prawna łączy bezpośrednio wykonawcę z tą osobą, bez znaczenia przy tym charakter prawny tych relacji, gdyż w grę mogą wchodzić tutaj stosunki prawne wynikające z umowy o pracę, czy też umów pokrewnych, tudzież stosunki wynikające z umów cywilnoprawnych. Istnienie takiej więzi prawnej oznacza, że dana osoba będzie świadczyła usługi, które są niezbędne do wykonania zamówienia, jako zasób własny wykonawcy. Z kolei w przypadku pośredniego dysponowania wykonawcę nie łączy bezpośrednia więź prawna z osobą, która jest niezbędna do wykonania zamówienia, a jedynie z podmiotem trzecim dysponującym ową osobą. Chodzi w tym przypadku o różnorakie stosunki prawne łączące wykonawcę z tym podmiotem (np. umowa współpracy, porozumienie o delegowaniu pracowników w celu wykonania pracy, umowa o podwykonawstwo). W takich przypadkach tytułem prawnym do powołania się przez wykonawcę na fakt dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia jest zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia określonych osób. Natomiast ten podmiot trzeci z osobami udostępnianymi wykonawcy łączy więź bezpośrednia, wynikająca

z istniejącej pomiędzy nimi umowy o pracę czy umowy cywilnoprawnej.

Również dopiero z odpowiedzi na odwołanie i rozprawy można było się dowiedzieć, w jaki sposób Zamawiający doszedł do wniosku, że w przypadku drugiej osoby nie zostało wykazane doświadczenie w wykonaniu map numerycznych. Otóż według Zamawiającego niewystarczające jest tu podanie nr charakterystycznych map, a w treści wykazu, odmiennie niż w przypadku pierwszej z wskazanych osób, nie pada sformułowanie „numeryczna mapa do celów projektowych”.

W ocenie Izby takie stanowisko potwierdza jedynie, że Zamawiający zaniechał wyjaśnienia, czy wskazane w opisie doświadczenia oznaczenia dotyczą map numerycznych. Skoro u Zamawiającego powstała taka wątpliwość, przed podjęciem decyzji o wykluczeniu, miał obowiązek umożliwić Wykonawcy złożenie wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Potwierdzenie w tym trybie, że wyszczególnione w wykazie nr dotyczą map numerycznych stanowiłoby jedynie wyjaśnienie znaczenia informacji już w wykazie zawartych.

Nie mogąc tego uczynić wcześniej, Odwołujący w przekonujący sposób odniósł się do stanowiska wynikającego z zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania, nie poprzestając na wyjaśnieniu, że wyszczególnione w wykazie nr charakterystyczne dotyczą numerycznych map projektowych, ale popierając je oświadczeniem geodety załączonym do odwołania. Izba zważyła, że Odwołujący i Przystępujący, pomimo tak wczesnego zgłoszenia tego dowodu, nie byli w stanie przedstawić wykazać, że jest inaczej, poprzestając na gołosłownych twierdzeniach.

Natomiast poza kognicją Izby w tej sprawie była kwestia podniesiona przez Zamawiającego dopiero na rozprawie, czy wykazane dla drugiego geodety doświadczenie może zostać uznane za dotyczące linii kolejowej o wymaganej długości z uwagi na charakter obiektów, których dotyczyły wykonane usługi (przejazdy kolejowe).

Reasumując, w powyżej zakreślonym zakresie potwierdził się zarzut odwołania co do naruszenia przez Zamawiającego zarówno art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 4. listy zarzutów – zarzut 4}

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Zgodnie z opisem warunku określonego w pkt 8.6.2 lit. a) poz. 3 tabeli i.d.w. wymagane było wykazanie przez wykonawcę, że dysponuje 1 kierownikiem robót elektrycznych i elektroenergetycznych posiadającym uprawnienia i doświadczenie opisane

w treści warunku.

W JEDZ zawartych w ofercie, a następnie w wykazie osób na potwierdzenie spełniania tego warunku Konsorcjum E. wskazało jedną osobę.

W piśmie z 19 lipca 2017 r. Zamawiający – wskazując, że czyni to w związku z brzmieniem art. 22d ust. 2 pzp – wezwał Konsorcjum E. do wyjaśnienia, w jaki sposób osoba ta będzie pełniła funkcję kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych, będąc jednocześnie członkiem zespołu inżyniera kontraktu w ramach umowy zawartej z E. sp. z o.o. na „Pełnienie nadzoru nad opracowaniem dokumentacji projektowej i robotami budowlanymi na linii 278 i 274 objętymi zakresem przetargu oraz umów przyłączeniowych w ramach projektu <<Elektryfikacja linii kolejowych nr (...), (...) na odcinku W. - Z., w świetle zakazu wynikającego z art. 24 ust. 2 Prawa budowlanego.

W piśmie z 21 lipca 2017 r. Konsorcjum E. potwierdziło, że wskazana przez nie osoba do pełnienia powyższej funkcji w tym postępowaniu kandydowała również na stanowisko w ramach innego postępowania {opisanego w wezwaniu} prowadzonego przez Zamawiającego, przy czym oba te postępowania rozpoczęły się w tym samym czasie i przewidywały ten sam dzień i godzinę złożenia ofert.

Konsorcjum E. podkreśliło, że osoba ta, zakładając, że ewentualna kolizja ma charakter jedynie hipotetyczny, nie poinformowała go o tym fakcie. A praktyka brania udziału przez specjalistów w kilku postępowaniach toczących się równocześnie jest powszechna i często spotykana w postępowaniach o zamówienie publiczne, gdyż przed zakończeniem postępowania nie wiadomo, która oferta zostanie wybrana.

W konkluzji Konsorcjum E. wyjaśniło, że ponieważ osoba ta zrezygnowała z pełnienia funkcji kierownika robót w tym postępowaniu, wskazuje do pełnienia tej funkcji inną osobę. Jednocześnie w związku z brakiem możliwości samodzielnego zmieniania oferty po terminie składania ofert bez wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów (art. 87 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 pzp), Konsorcjum E. zwróciło się z wnioskiem o wezwanie go przez Zamawiającego do uzupełnienia JEDZ w zakresie wskazania osoby na stanowisko robót elektrycznych i elektroenergetycznych.

Do wyjaśnień załączono JEDZ, wykaz osób, w których osoba ta została wykazana wraz z opisem posiadanych przez nią uprawnień (dodatkowo załączonych) oraz doświadczenia.

Z podanego w piśmie z 24 lipca 2017 r. uzasadnienia wynika, że Zamawiający stwierdził niewykazanie spełnienia przez Konsorcjum E. warunku określonego w pkt 8.6.2 lit. a) poz. 3 i.d.w. dotyczącego kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych wyłącznie z tego powodu, że „w świetle wyroku z dnia 4 maja 2017 r. w sprawie C-378/14 (E. sp. z o.o. przeciwko W.Ł. niedopuszczalna jest w tym przypadku zmiana osoby wskazanej w

JEDZ na inną”. Przy czym w odniesieniu do tej pierwszej osoby z uwagi na art. 22d ust. 2 pzp Zamawiający uznał, że Konsorcjum E. nie posiada wymaganych zdolności, gdyż zaangażowanie jego zasobów w inne jego będzie miało – z uwagi na art. 24 ust. 2 Prawa budowlanego – negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Reasumując, Izba uznała za istotne, że Zamawiający przy ocenie spełniania przez Konsorcjum E. warunku z pkt 8.6.2 lit. a) poz. 3 i.d.w. dotyczącego kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych nie wzywał w tym zakresie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 pzp, uznając że tym przypadku nie jest ono dopuszczalne.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzut nr 4 jest zasadny.

Z art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 22d ust. 2 pzp stanowi, że zamawiający może, na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z kolei według art. 26 ust. 4 pzp zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust.1 pzp.

Według art. 92 ust. 1 pkt 2 pzp zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni – podając uzasadnienie prawne i faktyczne.

Również w tym przypadku Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Konsorcjum E. nie

ma uprawnienia do wskazania innej osoby w miejsce dotychczasowej osoby, którą przestało dysponować, w ramach obligatoryjnej procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 pzp. Nie tylko brak posiadania przez wykazywaną osobę wymaganego doświadczenia, ale również ujawniony po upływie terminu składania ofert brak dysponowania przez wykonawcę osobą, która miała odpowiednie doświadczenie, wymaga wezwania wykonawcy do uzupełnienia tych braków w trybie tego przepisu. Nie ma przy tym znaczenia powód, dla którego wykonawca przestał dysponować daną osobą, w tym, czy i w jakim stopniu wykonawca mógł przewidzieć, że zaistnieje taka sytuacja.

Powołanie się w tym zakresie przez Zamawiającego na wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-378/14 jest nieuzasadnione z powodów wskazanych przy rozstrzygnięciu dwóch pierwszych zarzutów. Dodatkowo należy wskazać, że zupełnie nieadekwatne jest stwierdzenie przez Zamawiającego, jakoby z wyroku tego miało wynikać, że nie jest dopuszczalna zmiana osoby wskazanej w JEDZ na inną. Z jednej strony, jak już powyżej wskazano, przedmiotem rozstrzygnięcia była interpretacja przepisów poprzedniej dyrektywy klasycznej, która nie przewidywała JEDZ. Z drugiej strony, jeżeli Zamawiającemu chodziło o analogię, polegającą na tym, że zarówno w poprzednim stanie prawnym w procedurze otwartej dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału, jak i obecnie JEDZ, który m.in. dotyczy potwierdzenia tych warunków, składane są w ofercie – w pełni aktualne są rozważania poczynione przy okazji rozstrzygnięcia pierwszych dwóch zarzutów co do tego, co rzeczywiście wynika z podnoszonego wyroku.

W przypadku tej osoby aktualne są również poczynione przy okazji rozstrzygnięcia poprzedniego zarzutu rozważania dotyczące konieczności odróżnienia osoby fizycznej jako zasobu własnego wykonawcy (a tak jest również w przypadku drugiej osoby zgłoszonej na stanowisko kierownika robót elektrycznych i elektroenergetycznych), również w przypadku od sytuacji pośredniego dysponowania przez wykonawcę osobą fizyczną, która została mu udostępniona przez podmiot trzeci (nie jest nim osoba fizyczna, która sama zobowiązała się do osobistej współpracy z wykonawcą przy realizacji zamówienia), na którego zasobach polega w celu wykazania spełniania warunku dotyczącego dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

Podkreślić należy, że podstawą prawną wykluczenia wskazaną przez Zamawiającego był art. 24 ust. 2 pkt 12 pzp, czyli niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie art. 22d ust. 2 pzp, który został wspomniany w części historycznej uzasadnienia prezentującej przebieg czynności postępowania poprzedzających decyzję o wykluczeniu, jako ustalenie poprzedzające „wezwanie Wykonawcy do wyjaśnienia zaistniałej sytuacji”. Odwołanie się do tego przepisu w kontekście sytuacji zaistniałej w tym postępowaniu było



zresztą błędne, gdyż zamówienie, w którego realizację zaangażowała się osoba wskazana pierwotnie na kierownika robót branżowych, nie stanowi przedsięwzięcia Konsorcjum E., a zupełnie innego wykonawcy.

Wreszcie poza kognicją Izby w tej sprawie była kwestia podniesiona przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie, jakoby z porównania dat podpisania umowy w sprawie innego zamówienia, w którego wykonanie została zaangażowana osoba wskazana przez Konsorcjum E. na stanowisko kierownika robót branżowych, oraz daty zobowiązania się drugiej osoby do pełnienia tej funkcji dla Konsorcjum E. wynikała niedopuszczalny brak ciągłości w spełnianiu warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający winien jednak wziąć pod uwagę, że z art. 26 ust. 1 pzp wynika, że złożone na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp (czyli również dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu) oświadczenia lub dokumenty mają być aktualne na dzień ich złożenia, co odpowiednio znajduje zastosowanie w przypadku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp. Ponadto przypomnieć należy, że obecnie ustawa pzp wprost przewiduje, jako szczególny przypadek uzasadniający wdrożenie procedury z art. 26 ust. 3 pzp, sytuacje, w których na etapie badania spełnienia warunków przez wykonawcę następuje zmiana sposobu ich potwierdzenia polegająca na wymianie jednego podmiotu trzeciego na inny lub na samego wykonawcę w terminie wskazanym przez zamawiającego, co oznacza, że ostatecznie na ten dzień zostanie wykazane spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Ponieważ Konsorcjum E. faktycznie złożyło już Zamawiającemu dokumenty uwzględniające nową osobę wskazaną do pełnienia funkcji kierownika robót branżowych, zbędne jest nakazywanie dokonania wezwania w tym zakresie, gdyż Zamawiający dysponuje już dokumentami, na których podstawie może dokonać oceny spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 6.2 lit. a) poz. 3 i.d.w.

Reasumując, potwierdził się zarzut odwołania co do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp w zw. z art. 26 ust. 3 pzp.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia, wobec czego – działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10

oraz § 3 pkt 1 i 2 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 ze zm.) – obciążając Zamawiającego tymi kosztami, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego oraz jego uzasadnione koszty w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, na podstawie rachunku złożonego do zamknięcia rozprawy.

**Przewodniczący:** .....