

Sygn. akt: KIO 1790/16

WYROK

z dnia 5 października 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: **Anna Chudzik**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 października 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2016 r. przez **M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. K. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „K.”**,

w postępowaniu prowadzonym przez **2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie**,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadań 2, 3 i 4, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
2. Kosztami postępowania obciąża 2 Regionalną Bazę Logistyczną w Warszawie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od 2 Regionalnej Bazy Logistycznej w Warszawie na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia 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) 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 – 2 Regionalna Baza Logistyczna w Warszawie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Dostawę przedmiotów umundurowania i wyekwipowania w 2016 roku (ręczniki „frotte”, śpiwory, karimaty)*.

W dniu 26 września 2016 r. wykonawca M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe „K.” wniósł odwołanie wobec czynności wykluczenia go z postępowania w zakresie zadań 2, 3 i 4, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z § 4 pkt 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: rozporządzenie w sprawie dokumentów) w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, art. 24 ust. 4 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w dniu 16 września 2016 r. został poinformowany przez Zamawiającego o unieważnieniu postępowania w zakresie zadań nr 2, 3, 4 oraz o wykluczeniu z postępowania siedmiu wykonawców, w tym Odwołującego. Jako podstawę unieważnienia postępowania Zamawiający podał art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Uzasadniając wykluczenie Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał, że nie zachodzi wobec jego podwykonawcy mającego siedzibę na terytorium Chińskiej Republiki Ludowej przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, albowiem nie przedstawił dokumentu w formie wymaganej przez § 4 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów, tj. nie przedstawił oświadczenia, w którym określił także osoby uprawnione do reprezentowania wykonawcy, złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego odpowiednio kraju miejsca zamieszkania osoby lub kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub przed notariuszem. Nadto deklaracja o upoważnieniu pani P. P. do podpisania oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia nie zawiera daty, przez co nie można stwierdzić, czy osoba ta była upoważniona do złożenia stosownego oświadczenia na dzień złożenia ofert.

Odnosząc się do powyższego Odwołujący podniósł, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie

oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do składaniu ofert. (art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Z powyższego wynika, że wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie wykonawca będzie zobowiązany przedłożyć w toku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający musi określić w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ i tylko w stosunku do dokumentów i oświadczeń wykazanych w ten sposób możliwym jest zastosowanie trybu uzupełniania dokumentów i oświadczeń określone w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podniósł również, że przesłanki wykluczenia z postępowania odnoszą się wyłącznie do wykonawcy, a w stosunku do innych podmiotów, np. podwykonawców, tylko w przypadkach przewidzianych prawem.

Odwołujący podniósł, że jedynym przypadkiem, kiedy dopuszczalne jest żądanie od podwykonawców, aby ci wykazali spełnianie przesłanek braku podstaw do wykluczenia z postępowania został przewidziany w § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, zgodnie z którym jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-3, tj. między innymi dokumentów i oświadczeń, jakie Zamawiający zażądał od Odwołującego w wezwaniu z dnia 24 marca 2016 r.

Odwołujący podniósł, że zamawiający może żądać od wykonawców złożenia dokumentów podmiotowych dotyczących podmiotów trzecich, ale jedynie w zakresie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, do których odsyła § 3 ust. 4 rozporządzenia, i tylko w odniesieniu do sytuacji, gdy wykonawca przy wykazaniu spełniania warunków podmiotowych powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, który będzie uczestniczył w realizacji zamówienia. Wola w tym zakresie powinna zostać wyrażona przez zamawiającego już w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz, a więc na zasadach takich samych jak w stosunku do wykonawców, poprzez wskazanie analogicznych dokumentów jak tych żądanych bezpośrednio od wykonawców, w zakresie określonym rozporządzeniem. § 3 ust. 4 rozporządzenia daje jedynie możliwość Zamawiającemu żądania wobec podmiotów, na zasobach których polega wykonawca i które będą brały udział w postępowaniu dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1-3 rozporządzenia, tj. dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia takiego podmiotu z postępowania. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że to Zamawiający decyduje, czy takie dokumenty w stosunku do takich podmiotów będą

w konkretnym postępowaniu żądane, nawet jeśli jest to postępowanie powyżej progów unijnych. Oznacza to, że nie istnieją przepisy, które w sposób bezwzględny nakładałyby obowiązek wykazywania przez podwykonawców biorących udział w realizacji części zamówienia, że w stosunku do nich nie zachodzą przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Obowiązek ten konkretyzowany jest przez Zamawiającego poprzez określenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ zakresu dokumentów, jakie podmiot na zasoby, którego powołuje się wykonawca i który będzie brał udział w realizacji zamówienia zobowiązany jest przedłożyć dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia go z postępowania.

Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający co prawda podał w Rozdziale V pkt 2, SIWZ, że: (...) *W przypadkach, gdy Wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, w stosunku do żadnego z tych podmiotów nie mogą występować uwarunkowania art. 24 ust. 1 ustawy Pzp*, jednakże nie wskazał zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu, jak i w treści SIWZ, jakie dokumenty powinien przedłożyć podwykonawca w celu wykazania, że wobec niego nie zachodzą podstawy do wykluczenia z postępowania. W Rozdziale VI SIWZ Zamawiający w sposób szczegółowy zawarł wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu również w zakresie dokumentów i oświadczeń niezbędnych w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy. Żadne z dokumentów czy oświadczeń żądanych przez Zamawiającego nie odnosi się do podmiotu trzeciego, na zasoby, którego powołuje się wykonawca i który będzie brał udział w postępowaniu. Tym samym jednoznacznie należy wskazać, że Zamawiający pomimo tego, że zastrzegł, że w przypadkach, gdy wykonawca wykazując spełnienie warunków udziału w postępowaniu, polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, w stosunku do żadnego z tych podmiotów nie mogą występować uwarunkowania art. 24 ust. 1 ustawy Pzp to nie wskazał, w jaki sposób i za pomocą, jakich dokumentów pochodzących od podwykonawców warunki te mają zostać wykazane. Wykonawcy nie mogą domyślać się, jakie dokumenty mają zostać złożone w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu. Zakres niezbędnych do przeprowadzenia postępowania dokumentów jest, zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp każdorazowo formułowany przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Odwołujący stwierdził, że wezwanie z 24 marca 2016 r. skierowane przez Zamawiającego trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było pozbawione podstaw prawnych. Zdaniem Odwołującego, aby można było skorzystać z procedury określonej art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, niezbędnym było określenie w ogłoszeniu o zamówieniu lub SIWZ

zakresu niezbędnych dokumentów lub oświadczeń, których brak lub niewłaściwa forma mogłyby być uzupełnione. Ogłoszenie o zamówieniu i ogłoszenie SIWZ to etapy, na których Wykonawcy dowiadują się, jaki zakres oświadczeń i dokumentów będzie wymagany przez Zamawiającego w konkretnym postępowaniu. W konsekwencji w sytuacji, gdy Zamawiający wezwie wykonawców do złożenia dokumentów lub oświadczeń, których złożenia jednoznacznie nie przewidział w SIWZ, a wykonawca nie złoży żądanych dokumentów lub złoży je w nieodpowiedniej formie, Zamawiający nie ma podstaw do wyciągania ujemnych konsekwencji wobec wykonawcy.

Odwołujący podniósł, że zastrzeżenia Zamawiającego co do formy, w jakich Odwołujący złożył dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp nie mają znaczenia i nie mogą być podstawą wykluczenia wykonawcy, albowiem Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał, za pomocą jakich dokumentów podmiot trzeci ma wykazywać brak podstaw do wykluczenia z postępowania w tym zakresie. Podobnie należy odnosić się do dokumentu jakim jest deklaracja o upoważnieniu pani P. P. do podpisania oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego, któremu Zamawiający odmówił wiarygodności ze względu na brak daty. Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wskazał, że podmiot trzeci na zasoby, którego powołuje się wykonawca i który będzie brał udział w postępowaniu ma obowiązek złożyć wypełnione oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia. Tym samym po pierwsze Zamawiający nie był upoważniony do żądania takiego dokumentu, a po drugie Zamawiający nie miał prawa do wyciągania ujemnych konsekwencji wobec jego przedłożenia w nieodpowiedniej formie.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że nawet gdyby przyjąć, że stanowisko Zamawiającego co do niewłaściwej formy dokumentów złożonych przez podmiot trzeci w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia jest prawidłowe, to i tak czynność wykluczenia jest niezgodna z prawem, gdyż została podjęta na podstawie błędnej podstawy prawnej. Zamawiający jako podstawę wykluczenia Odwołującego wskazał art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców – podmioty zbiorowe wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Przepis ten nie może być zastosowany wprost do podmiotu trzeciego, tzn. nie można wykluczyć wykonawcy z postępowania z tego powodu, że podmiot na zasoby, którego wykonawca się powołuje i który będzie brał udział w postępowaniu nie spełnia przesłanek braku podstaw do wykluczenia. W takim przypadku ewentualną podstawą wykluczenia może być co najwyżej art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wykluczenie z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 2, 3, 4, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 2, 3, 4, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 2, 3 i 4 oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

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

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z powodu wniesienia odwołania w terminie liczonym od dnia zawiadomienia Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania. Zdaniem Zamawiającego, z uwagi na fakt, że zarzuty odwołania dotyczą bezpodstawnego wezwania do uzupełnienia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, termin ten zaczął płynąć w dniu przekazania Odwołującemu przedmiotowego wezwania. Izba nie podzieliła tego stanowiska, stwierdzając, że odwołanie zostało prawidłowo wniesione w terminie liczonym od zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, gdyż dopiero ta czynność bezpośrednio przesądziła sytuację wykonawcy w postępowaniu i wypłynęła na jego wynik. W ocenie Izby zrozumiałe jest, że wykonawca, kierując się względami racjonalności i ekonomiki postępowania, nie zaskarża czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów, licząc na zakończenie w korzystny dla siebie sposób sporu co do poprawności lub kompletności jego oferty czy też na niedopuszczenie do takiego sporu, a korzysta ze środków ochrony prawnej dopiero wobec czynności zamykającej mu drogę do dalszego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, że w rozdziale V pkt 2 SIWZ Zamawiający postanowił, że: *o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków określonych w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający uzna, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania, zgodnie z art. 24 ustawy, jeżeli z przedstawionych przez Wykonawcę dokumentów i oświadczeń wynikać będzie, że nie występują uwarunkowania określone w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W przypadkach, gdy Wykonawca wykazując spełnianie warunków polega na zasobach innych podmiotów,*

a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, w stosunku do żadnego z tych podmiotów nie mogą występować uwarunkowania art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 2.2 SIWZ, jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 2.1-2.2 udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W punktach 2.1.-2.2 Zamawiający określił dokumenty, których żąda na potwierdzenie spełniania warunku wiedzy i doświadczenia (pkt 2.1.), spełniania warunku znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia (pkt 2.2).

W rozdziale VI pkt 2.3 SIWZ Zamawiający wymienił dokumenty, których żąda w celu potwierdzenia, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy.

Zgodnie z rozdziałem VI pkt 3 SIWZ, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za „zgodność z oryginałem” odpowiednio przez Wykonawcę lub te podmioty.

Odwołujący, wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu, powołał się na podstawie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego.

*W dniu 24 marca 2016 r. Zamawiający skierował do Odwołującego – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – wezwanie do uzupełnienia dokumentów dla podmiotu HAINAN XINXING IMPORT EXPORT CO. LTD będącego podwykonawcą, potwierdzających wykazanie braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający powołał się na postanowienia rozdziału V pkt 2 oraz rozdziału VI SIWZ. Oprócz przywołania treści Rozdziału V pkt 2 Zamawiający zacytował następujące postanowienie SIWZ: *Jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 2.1-2.3 udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie**

tych podmiotów do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie złożył dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy w odniesieniu do podwykonawcy będącego podmiotem, na którego zasobach polega wykonawca.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Odwołujący złożył dokumenty mające potwierdzać, że w stosunku do podmiotu, na którego zasobach polega, nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W dniu 16 września 2016 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, jako podstawę prawną podając art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp w zw. z § 4 pkt 3 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że wykonawca pomimo wezwania nie złożył wymaganych dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia go z postępowania. *Jak wynika z oferty wykonawcy podmiot udostępniający swój potencjał w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia będzie jednocześnie uczestniczył w realizacji zamówienia jako podwykonawca. W związku z powyższym, stosownie do treści § 3 ust. 4 rozporządzenia (...) jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1-2. Zamawiający przewidział żądanie tej treści w postanowieniach SIWZ. Mając powyższe na względzie, a także treść § 3 ust. 3 rozporządzenia Wykonawca zobowiązany był przedstawić oświadczenia i dokumenty, dla podmiotu udostępniającego potencjał, tj. HainanXinxing Import and Export Co. Ltd. Wykonawca uzupełnił dokumenty, ale nie zrobił tego w sposób właściwy. W pierwszym rzędzie należy wskazać, że oświadczenie o niekaralności podmiotu zbiorowego (potwierdzające brak podstaw do wkluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych) zostało złożone z pominięciem wymaganej przepisami Rozporządzenia formy, tj. dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca zamieszkania (siedziby) lub przed notariuszem. Oświadczenie to zostało złożone w formie zwykłej deklaracji, która nie została złożona wobec notariusza albo też właściwego organu sądowego, administracyjnego albo samorządu zawodowego lub gospodarczego miejsca siedziby podmiotu zbiorowego. W związku z powyższym Wykonawca nie wykazał, że nie zachodzi wobec niego przesłanka do wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie przedstawił bowiem dokumentu w formie wymaganej przez § 4 pkt 3 rozporządzenia,*

pomimo tego, że Zamawiający wyraźnie wezwał go do złożenia oświadczenia w formie zgodnej ze wskazanym przepisem. Nadto, deklaracja o upoważnieniu pani P. P. do podpisania oświadczenia o braku odstaw do wykluczenia nie zawiera daty, przez co nie można stwierdzić, czy osoba ta była upoważniona do złożenia stosownego oświadczenia na dzień złożenia ofert.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary.

Stosownie do § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, jeżeli wykonawca, wykazując spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy, polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, a podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia, zamawiający może żądać od wykonawcy przedstawienia w odniesieniu do tych podmiotów dokumentów wymienionych w ust. 1–3. Z kolei § 3 ust. 1 ww. rozporządzenia wymienia dokumenty, których zamawiający może żądać od wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy (dokumentem takim jest m.in. aktualna informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy, wystawiona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert).

W świetle § 3 ust. 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów, obowiązek wykazania, że po stronie podmiotu trzeciego nie istnieją okoliczności uzasadniające wykluczenie z postępowania (art. 24 ust. 1 ustawy Pzp) zachodzi w sytuacji, gdy spełnione są łącznie dwa warunki: 1) podmiot ten będzie brał udział w realizacji części zamówienia, 2) zamawiający zażądał przedstawienia dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia. Udział podmiotu udostępniającego zasoby w realizacji części zamówienia nie powoduje zatem sam w sobie obowiązku złożenia dokumentów potwierdzających niepodleganie tego podmiotu wykluczeniu z postępowania. Zaistnienie tego obowiązku uzależnione jest od woli zamawiającego, który złożenia takich dokumentów może (ale nie musi) zażądać, dając temu wyraz w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wymóg złożenia dokumentów, których niezłożenie może skutkować wykluczeniem z postępowania, nie może pozostawać w sferze jakichkolwiek domysłów ani wynikać z nieuzasadnionej rozszerzającej wykładni postanowień SIWZ, lecz powinien być wyraźnie wyartykułowany.

W niniejszej sprawie okoliczność, że podmiot, na którego wiedzę i doświadczenie powołał się Odwołujący, będzie brał udział w realizacji zamówienia w charakterze podwykonawcy jest między stronami bezsporna. Istotą sporu była kwestia, czy Zamawiający żądał złożenia dokumentów potwierdzających, że ten podmiot nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie ulega żadnej wątpliwości, że żądanie takie nie zostało przez Zamawiającego sformułowane. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w uzasadnieniu wezwania do uzupełnienia dokumentów, że żądanie takie zostało określone w rozdziale V pkt 2 oraz w bliżej nieokreślonych postanowieniach rozdział VI SIWZ. W rozdziale V pkt 2 SIWZ zdanie mówiące o obowiązku przedstawienia dokumentów wykazujących brak podstaw do wykluczenia odnosi się wyłącznie do wykonawcy – *Zamawiający uzna, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania jeżeli (...)*. W odniesieniu do podmiotu trzeciego Zamawiający postanowił jedynie, że *w przypadkach, gdy Wykonawca wykazując spełnianie warunków polega na zasobach innych podmiotów, a podmioty te będą brały udział w realizacji zamówienia, w stosunku do żadnego z tych podmiotów nie mogą występować uwarunkowania art. 24 ust. 1 ustawy Pzp*. Zamawiający sformułował więc jedynie wymaganie (brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1), co nie jest tożsame z nałożeniem obowiązku złożenia dokumentów, które potwierdzałyby jego spełnienie – a dopiero nałożenie takiego obowiązku mogłoby prowadzić do wykluczenia wykonawcy z powodu niewykazania, że po stronie podmiotu trzeciego nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Podobnie jak w przypadku warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający odrębnie opisuje te warunki, a odrębnie określa dokumenty wymagane na potwierdzenie ich spełnienia, tak samo w przypadku podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w wykonaniu części zamówienia należy odróżnić wymóg nieistnienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp od obowiązku udokumentowania jego spełnienia.

Obowiązek złożenia w odniesieniu do podwykonawcy dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1–3 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie wynika również z żadnego z postanowień rozdziału VI SIWZ (Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu). Pkt 2.3 tego rozdziału określa wyłącznie dokumenty żądane w celu potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ustawy. W żadnym postanowieniu SIWZ Zamawiający nie podał, że lista dokumentów określona w pkt 2.3 odnosi się również do podmiotu trzeciego, który będzie brał udział w realizacji części zamówienia. Nie jest prawdą, że z SIWZ wynika – jak to przywołał Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów,

że jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków (...) polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 2.1-2.3 udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia (...). Izba ustaliła, że w rzeczywistości postanowienie SIWZ (rozd. VI pkt 2.2) brzmi: jeżeli Wykonawca, wykazując spełnianie warunków (...) polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązany jest oprócz oświadczeń i dokumentów wymienionych w pkt 2.1-2.2 udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (...). Nie ma więc w postanowieniu określającym obowiązki wykonawcy w sytuacji polegania na zasobach innego podmiotu żadnego odesłania rozdziału VI pkt 2.3 SIWZ, określającego obowiązek złożenia dokumentów potwierdzających nieistnienie po stronie tego podmiotu okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający podczas rozprawy na pytanie Izby potwierdził, że rozdz. VI pkt 2.2 SIWZ nie był zmieniany w toku postępowania i poinformował, że jego brzmienie przytoczone w treści wezwania było omyłką.

O obowiązku złożenia w odniesieniu do podwykonawcy dokumentów wymienionych w § 3 ust. 1–3 rozporządzenia w sprawie dokumentów nie może świadczyć wskazane przez Zamawiającego podczas rozprawy postanowienie rozdziału VI pkt 3 SIWZ, które mówi, że *w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, na zasobach których wykonawca polega na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio Wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za „zgodność z oryginałem” odpowiednio przez Wykonawcę lub te podmioty*. Niezależnie od tego, że żądanie złożenia spornych dokumentów powinno być literalnie sformułowane w SIWZ, to z przywołanego postanowienia nie sposób wyinterpretować nawet pośrednio istnienia takiego wymagania. Postanowienie to określa jedynie wymagania formalne dotyczące kopii wszelkich dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego (sposób poświadczania ich za zgodność z oryginałem), oczywiście jest bowiem, że w sytuacji powołania się na zasoby innego podmiotu są składane dokumenty dotyczące tego podmiotu (jak choćby referencje). Nie świadczy to jednak w żaden sposób o żądaniu przez Zamawiającego dokumentów dotyczących nieistnienia po stronie podmiotu, który będzie wykonywał część zamówienia okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp.

Podsumowując, Zamawiający nie przewidział w SIWZ obowiązku złożenia w odniesieniu do podmiotu trzeciego będącego podwykonawcą dokumentów potwierdzających brak przesłanek, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym Zamawiający nie mógł wykluczyć wykonawcy z postępowania za niewykazanie, że te okoliczności nie zachodzą.

Wobec powyższego należy stwierdzić, że wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 9 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. W związku z tym, że powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania, odwołanie – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp – podlegało uwzględnieniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: