

**Sygn. akt: KIO 1927/17**

**WYROK**  
**z dnia 28 września 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**  
Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie 27 września 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 15 września 2017 r. przez Odwołującego – wykonawcę K.-Z. sp. z o.o. z siedzibą w Ł., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Miasto Ł. – Zarząd Inwestycji Miejskich,

**orzeka:**

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:
  - 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,
  - 1.2. unieważnienie wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą,
  - 1.3. wezwanie Odwołującego – w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp – do złożenia dokumentów dotyczących podmiotu, na którego zasobach polega Odwołujący (K.P. sp.j. z siedzibą w K.), spełniających wymogi określone w § 14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia,
  - 1.4. poprawienie w wykazie wykonanych robót budowlanych – formularzu nr 4 złożonym przez Odwołującego oczywistych omyłek pisarskich w jego treści przez wskazanie, że zamówienie realizowane na rzecz Miasta R. stanowi doświadczenie podmiotu, na którego zasobach polega Odwołujący i wykreślenie z treści wykazu informacji o zamówieniu oznaczonym jako poz. 7 wykazu,
  - 1.5. ponowne badanie i ocenę oferty Odwołującego.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20.000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 23.600,00 zł (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2017.1579 j.t.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Łodzi.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Miasto Ł. – Zarząd Inwestycji Miejskich (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Rewitalizacja obszarowa Centrum Łodzi – Projekt nr 5 – Rewitalizacja Parku im. H. S. wraz z budową niezbędnej infrastruktury technicznej w systemie *zaprojektuj i wybuduj*”, znak sprawy ZIM-DZ.3322.9.2017, zwane dalej: „Postępowaniem”.

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 13 kwietnia 2017 r., pod nr 2017/S 073-138651.

7 września 2017 r. Zamawiający poinformował wykonawcę K.-Z. sp. z o.o. z siedzibą w Ł. (dalej „Odwołujący”) o wykluczeniu z Postępowania i uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą.

15 września 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (dalej „Izba”) Odwołujący wniósł odwołanie, w którym zaskarżył ww. czynności oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, a nadto unieważnienie Postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

Odwołujący zarzuca zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp przez bezpodstawne wykluczenie Odwołującego w sytuacji, gdy wykazał spełnianie warunków udziału w Postępowaniu i brak podstaw do jego wykluczenia,
2. art. 24 ust. 4 Pzp przez uznanie za odrzuconą oferty Odwołującego w sytuacji, gdy brak jest przesłanek do wykluczenia Odwołującego z Postępowania,
3. art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez bezpodstawne unieważnienie Postępowania w sytuacji, gdy w złożono jedną ofertę niepodlegającą odrzuceniu,
4. art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania Odwołującego przed jego ewentualnym wykluczeniem z Postępowania do uzupełnienia braków lub wyeliminowania błędów w dokumentach złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w Postępowaniu, poprawienia dokumentów lub udzielenia

wyjaśnień, co w świetle wskazanego przepisu jest dla zamawiającego obligatoryjne, jeśli uznaje on, że wykonawca złożył w postępowaniu oświadczenia lub dokumenty błędne, niekompletne lub budzące wątpliwości,

5. art. 26 ust. 4 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy przed jego ewentualnym wykluczeniem z Postępowania, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów złożonych przez wykonawcę, a budzących wątpliwości zamawiającego, co w świetle wskazanego przepisu jest dla zamawiającego obligatoryjne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania, a w konsekwencji uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
2. unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania,
3. dokonania czynności ponownej oceny i wyboru oferty Odwołującego jako jedynej oferty złożonej w Postępowaniu i niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący podkreślił, że spełnia przesłanki wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp. Jako wykonawca, który złożył jedyną ofertę w Postępowaniu ma interes prawny we wniesieniu odwołania, a niezgodne z prawem czynności Zamawiającego powodują po stronie Odwołującego powstanie szkody w postaci utraty kontraktu.

Odwołujący podał, że jako jedyny złożył ofertę w Postępowaniu. 7 września 2017 r. Zamawiający poinformował go o wykluczeniu z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, z uwagi na fakt, że nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu. W konsekwencji Zamawiający uznał ofertę Odwołującego za odrzuconą i unieważnił Postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Jako przyczyny uznania, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu Zamawiający wskazał, że w stosunku do jednego z podmiotów, na potencjał techniczny którego powoływał się Odwołujący, tj. K. P. sp. j. (dalej „Podmiot trzeci”), Odwołujący nie złożył prawidłowego zobowiązania do udostępnienia zasobów. Nieprawidłowość miała polegać na dacie wystawionego oświadczenia, późniejszej niż termin składania ofert. Zdaniem Zamawiającego z treści oświadczenia nie wynika, by Odwołujący dysponował zasobami na dzień złożenia oferty.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że dokumenty załączone przez wykonawcę, a dotyczące Podmiotu trzeciego, takie jak umowa na wykonanie usług, potwierdzenie prawidłowości wykonania usług, czy faktury, zostały złożone w kopiach poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, podczas gdy,

zdaniem Zamawiającego, poświadczenie powinno być dokonane przez firmę udostępniającą zasoby.

Ponadto Zamawiający wskazał na popełnienie przez Odwołującego błędów w nowym wykazie wykonanych robót budowlanych (formularz nr 4), polegających na nieprawidłowym wskazaniu w stosunku do jednej z robót pn. „Kompleksowa rewaloryzacja Parku Ś. w R. – Etap I oraz budowa 3 kładek dla pieszych przez rzekę R. w granicach Parku Ś. w R.”, że stanowi ona doświadczenie własne Odwołującego, podczas gdy ze złożonych dokumentów wynika, że jest to doświadczenie podmiotu udostępniającego wykonawcy zasoby – P. R.-B. W. Z.. Zamawiający nie kwestionował przy tym, że zasoby te zostały wykonawcy udostępnione prawidłowo. Zamawiający zauważył również, że jedno z oświadczeń wykonawcy dotyczy pozycji 7 wykazu, który takiej pozycji nie zawiera.

Pismem z 28 lipca 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w Postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp wskazując, że dokumenty winny być aktualne na dzień ich złożenia. 7 sierpnia 2017 r. Odwołujący złożył wymagane dokumenty.

Pismem z 29 sierpnia 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Odwołujący złożył wyjaśnienia i uzupełnił dokumenty zgodnie z żądaniem Zamawiającego.

Zakres żądanych wyjaśnień i uzupełnień dokumentów nie dotyczył kwestii, które finalnie zostały przez Zamawiającego wskazane jako podstawy wykluczenia Odwołującego.

W odniesieniu do Podmiotu trzeciego Zamawiający żądał jedynie wyjaśnienia rozbieżności kwotowych co do wartości prac (występowała różnica pomiędzy wartością robót podaną w formularzu a wartością wynikającą z załączonego potwierdzenia odbioru tych robót), co Odwołujący wyjaśnił. Natomiast w odniesieniu do zobowiązania do oddania zasobów doświadczenia na potrzeby wykonawcy, Zamawiający stwierdził jedynie brak tego dokumentu i zażądał jego złożenia. Dokument ten został przez Odwołującego złożony. Zamawiający uznał, że zobowiązanie jest wystawione wadliwie z uwagi na opatrzenie zobowiązania datą późniejszą niż data złożenia oferty. Nie skierował jednak wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp w tym przedmiocie. Nie skierował również wezwania dotyczącego wskazanej w informacji o wykluczeniu okoliczności, że część dokumentów dotyczących Podmiotu trzeciego została poświadczona za zgodność z oryginałem przez Odwołującego.

Odnosząc się do wskazywanego przez Zamawiającego błędnego wystawienia dokumentu potwierdzającego zobowiązanie Podmiotu trzeciego do udostępnienia Odwołującemu zasobów doświadczenia z uwagi na opatrzenie go datą późniejszą niż data złożenia oferty Odwołujący podniósł, że obecnie dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań składane są wyłącznie przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Na etapie złożenia oferty wykonawca składa jedynie oświadczenie, że dane roboty stanowią potencjał doświadczenia podmiotu trzeciego, który będzie mu udostępniony.

Zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przy czym dokumenty i oświadczenia mają być aktualne na dzień ich złożenia. Zgodnie z treścią pkt 6.4.2. specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) wykonawca polegający na zdolnościach innych podmiotów musi udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami tych podmiotów realizując zamówienie. Przesłanki wynikające zarówno z PP, jak i SIWZ zostały przez Odwołującego spełnione. Zobowiązanie potwierdza udostępnienie zasobów przy realizacji zamówienia, dokument jest aktualny na dzień jego złożenia.

Jednocześnie, w obowiązującym stanie prawnym nie ma podstaw do uznania, że zobowiązanie wykonawcy może być złożone z datą późniejszą niż oferta tylko wówczas, gdy zawiera klauzulę, że było aktualne również na dzień złożenia oferty. Zgodnie z aktualnym orzecnictwem Izby przepisy Pzp pozwalają wykonawcom na wykazywanie spełniania warunków udziału w postępowaniu lub braku podstaw do wykluczenia z postępowania na datę późniejszą niż dzień, w którym upływa termin składania ofert.

Opatrzenie dokumentu potwierdzającego udostępnienie zasobów datą późniejszą niż termin składania ofert nie jest podstawą do uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. *Ratio legis* przepisów regulujących wykazanie dysponowania zasobami, stanowi udowodnienie bez wątpliwości, że wykonawca będzie tymi zasobami dysponował w czasie realizacji zamówienia. Za absurdalną uznać należy sytuację, w której oferta jedynej wykonawcy zostaje odrzucona, mimo braku jakichkolwiek wątpliwości, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do wskazywanego przez Zamawiającego błędnego poświadczenia kopii dokumentów za zgodność z oryginałem Odwołujący zauważył, że zgodnie z § 14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia

(Dz.U.2016.1126), zwanego dalej „Rozporządzeniem”, poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą. Przepis Rozporządzenia znalazł odzwierciedlenie również w treści pkt 7.6.1. SIWZ. W ocenie Odwołującego przywołany przepis nie przesądza o braku możliwości poświadczenia przez niego dokumentów zakwestionowanych przez Zamawiającego, ponieważ dokumenty te są niezbędne dla wykazania spełnienia warunków udziału w Postępowaniu. Odwołujący stoi na stanowisku, że użycie w treści przywołanego przepisu alternatywy „albo” oznacza, że sporne dokumenty mogły być poświadczone zarówno przez podmiot udostępniający zasoby (jako wykonawcę danych robót), jak i przez samego wykonawcę, którego dotyczą o tyle, że warunkują możliwość wykazania spełnienia wymogów postępowania.

W zakresie błędów w formularzu nr 4 Odwołujący przyznał, że popełnił w nim oczywistą omyłkę pisarską, wskazując roboty mieszczące się pod poz. 2 wykazu („Kompleksowa rewaloryzacja Parku Ś. w R. – Etap I oraz budowa 3 kładek dla pieszych przez rzekę R. w granicach Parku Ś. w R.”) jako roboty własne, podczas gdy roboty te były wykonywane przez podmiot udostępniający mu zasoby (P. R.-B. W. Z.). Omyłka ta ma charakter oczywisty biorąc pod uwagę fakt, że Odwołujący złożył prawidłowe dokumenty, potwierdzające prawidłowe wykonanie tych prac przez ww. podmiot i udostępnienie zasobów Odwołującemu. Złożenie przez Odwołującego dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów jest między stronami bezsporne – Zamawiający potwierdza tą okoliczność w piśmie informującym o wykluczeniu. Cyfra „2” wskazująca na te roboty powinna być zamieszczona w pkt a oświadczenia, a nie w pkt b.

Podobnie charakter oczywistej omyłki ma odniesienie się w oświadczeniu, do robót wskazanych w pkt 7 wykazu, gdy Odwołujący nie podawał żadnych robót pod poz. 7 (formularz takiej pozycji w ogóle nie zawiera).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp Odwołujący stwierdził, że zgodnie z pierwszym z przepisów zamawiający wzywa wykonawców, którzy nie złożyli wymaganych oświadczeń lub dokumentów, albo złożyli oświadczenia i dokumenty, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Jest to procedura obligatoryjna, skutkująca – w razie jej niezachowania – uznaniem czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania za naruszającą przepisy Pzp.

Z kolei, zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp Zamawiający wzywa do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, co również wskazuje na obligatoryjność działań zamawiającego w tym zakresie.

Z literalnego brzmienia ww. przepisów wynika, że jeżeli Zamawiający powziął wątpliwość co do prawidłowości dokumentów, złożonych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu, miał obowiązek przed wykluczeniem Odwołującego wyjaśnić zaistniałe wątpliwości lub wezwać do usunięcia błędów. Zamawiający wprawdzie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień i dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, jednak wskazane wówczas kwestie do wyjaśnienia nie dotyczyły żadnej z okoliczności przywołanych jako podstawy wykluczenia Odwołującego.

W wezwaniu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów zamawiający stwierdził brak dokumentu – zobowiązania Podmiotu trzeciego, który został przez Odwołującego uzupełniony. Jeżeli, zdaniem Zamawiającego, złożony dokument obciążony jest opisanym wcześniej błędem, czy nieścisłością, powinien był wezwać do jego uzupełnienia, bądź wyjaśnienia. Jeżeli Zamawiający doszedł do przekonania, że Odwołujący nie był uprawniony do poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług przez Podmiot trzeci, to również powinien wypełnić zobowiązania nałożone na niego mocą art. 26 ust. 3 i 4 Pzp. Podobnie, jeżeli Zamawiający dostrzegł rozbieżność pomiędzy oświadczeniem wykonawcy w formularzu o samodzielnym wykonaniu usługi i jednoczesnym złożeniu przez wykonawcę kompletu dokumentów potwierdzających, że usługa ta została wykonana nie przez Odwołującego, ale podmiot udostępniający zasoby, to powinien uznać to za oczywistą omyłkę pisarską (sprowadzającą się do zapisania jednej cyfry w niewłaściwym miejscu). Gdyby nawet Zamawiający uznał, że wskazana nieścisłość nie ma charakteru oczywistego, powinien wezwać Odwołującego do jej wyjaśnienia,

W ocenie Odwołującego złożone przez niego dokumenty są prawidłowe pod względem merytorycznym i formalnym, spełniają wymogi wynikające z Pzp oraz określone w SIWZ i potwierdzają spełnienie warunków udziału w Postępowaniu. Wbrew stanowisku Zamawiającego przytoczone jako podstawy wykluczenia okoliczności nie stanowią błędów uzasadniających uznanie, że nie wykazał spełnienia tych warunków. Tym samym wykluczenie Odwołującego, odrzucenie jego oferty i unieważnienie Postępowania zostały dokonane z naruszeniem wskazanych wyżej przepisów ustawy Pzp.

Nawet jednak przy przyjęciu, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, że Odwołujący złożył dokumenty wadliwe lub budzące wątpliwości, wskazane przez



Zamawiającego uchybienia mają charakter marginalnych błędów proceduralnych. Zamawiający miał możliwość i był zobowiązany do ich wyjaśnienia przez prawidłowe zastosowanie przepisów art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, czego jednak nie uczynił. Jakkolwiek przepisy Pzp przewidują znaczące sformalizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o tyle ich *ratio legis* nie jest z całą pewnością doprowadzenie do sytuacji wykluczenia jedyne go wykonawcy z powodu błahych uchybień lub niejasności, przy jednoczesnym uchylaniu się przez zamawiającego od zastosowania procedur, które umożliwiają ich łatwe usunięcie.

Odwołujący, na potwierdzenie przedstawionych powyżej okoliczności, wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści:

1. pisma Zamawiającego z 29 sierpnia 2017 r. wzywającego do złożenia dokumentów/wyjaśnień – na okoliczność zakresu żądanych wyjaśnień/uzupełnień,
2. wyjaśnień złożonych przez Odwołującego – na okoliczność zakresu złożonych wyjaśnień/uzupełnień,
3. wykazu wykonanych robót budowlanych – formularz nr 4 oraz dokumentów potwierdzających udostępnienie zasobów przez P. R.-B. W. Zamawiający – na okoliczność wystąpienia w formularzu pomyłki o charakterze oczywistym,
4. zobowiązania do udostępnienia zasobów przez Podmiot trzeci – na okoliczność prawidłowego udostępnienia zasobów,
5. SIWZ,
6. pisma Zamawiającego z 7 września 2017 r. informującego o wykluczeniu Odwołującego i unieważnieniu Postępowania – na okoliczność podstaw do wykluczenia przyjętych przez Zamawiającego,
7. oświadczenia Podmiotu trzeciego – na okoliczność aktualności zobowiązania do udostępnienia Odwołującemu zasobów zarówno na dzień złożenia oferty, jak i na dzień uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie argumentując jak niżej.

W związku z zarzutem naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp Zamawiający wyjaśnił, że Odwołujący w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniu powoływał się częściowo na potencjały podmiotów trzecich, w tym m.in., w zakresie zdolności technicznych, na potencjał Podmiotu trzeciego. W takiej sytuacji, zgodnie z pkt 6.4.2 SIWZ obowiązkiem Odwołującego było udowodnienie Zamawiającemu, że realizując zamówienie będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności

przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Pismem z 28 lipca 2017 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił wykaz wykonanych robót budowlanych (formularz nr 4 do SIWZ), w którym podał, że robota podana w wykazie pod poz. 4, tj. „Usługa aranżacji oraz pielęgnacji wraz z nawadnianiem zieleni na terenie rekreacyjno-komunikacyjnym w obszarze wewnętrznym i okalającym kompleks budynków wielorodzinnych u zbiegu ulic R. i T. w U. Powierzchnia 6697 m<sup>2</sup>” stanowi doświadczenie Podmiotu trzeciego, którego zasoby zostaną oddane do dyspozycji wykonawcy na zasadach określonych w art. 22a Pzp, wskazując przy tym, że na potwierdzenie tej okoliczności załącza pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego.

Ponadto, w złożonym wykazie wykonanych usług (formularz nr 5 do SIWZ) oświadczył, że usługi z poz. 1 i 2, tj. „Opracowanie kompletnej dokumentacji projektowo-kosztorysowej obejmującej projekt budowlano-wykonawczy oraz STW i ORB w zakresie zagospodarowania terenu parku w G. Powierzchnia 2,5 ha” oraz „Opracowanie dokumentacji projektowej na Rewaloryzacje zabytkowego Parku Miejskiego w Ł. Powierzchnia 6,98 ha” również stanowią doświadczenie Podmiotu trzeciego, którego zasoby zostaną oddane do dyspozycji wykonawcy na zasadach określonych w art. 22a Pzp, na potwierdzenie czego rzekomo załączył pisemne zobowiązanie Podmiotu trzeciego.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący jednak nie załączył do tego pisma zobowiązania do oddania niezbędnych zasobów, wobec czego – pismem z 29 sierpnia 2017 r. – został wezwany, na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, do złożenia m.in. zobowiązania Podmiotu trzeciego.

W odpowiedzi Odwołujący w dniu 1 września 2017 r. złożył brakujące zobowiązanie wystawione w 31 sierpnia 2017 r. Zobowiązania to nie potwierdzało udostępnienia zasobów na dzień złożenia oferty. Powinno ono być aktualne zarówno na dzień złożenia dokumentu, tj. 1 września 2017 r., jak również na dzień złożenia wstępnego oświadczenia przez Odwołującego w ramach JEDZ, w którym to oświadczeniu Odwołujący potwierdził spełnienie wszystkich wymaganych przez Zamawiającego kryteriów kwalifikacji na dzień złożenia oferty, czyli na 17 lipca 2017 r. Treść zobowiązania Podmiotu trzeciego nie potwierdza

udostępnienia Odwołującemu zasobów w zakresie wskazanym w treści zobowiązania na dzień 17 lipca 2017 r., tj. na dzień złożenia oferty.

Zamawiający podkreślił, że na podstawie art. 22a ust. 3 Pzp jest zobligowany badać, czy udostępnione wykonawcy zasoby umożliwiają potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przedmiotowej sprawie Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego załączył do pisma z 30 sierpnia 2017 r. dokumenty, tj. kopię umowy, formularz ofertowy, protokoły zdawczo-odbiorcze dokumentacji oraz robót budowlanych dotyczących realizacji przez Podmiot trzeci „usługi aranżacji oraz pielęgnacji wraz z nawadnianiem zieleni na terenie rekreacyjno-komunikacyjnym w obszarze wewnętrznym i okalającym kompleks budynków wielorodzinny u zbiegu ulic R. i T. w U.”. Powyższe dokumenty były nieprawidłowo potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Odwołującego, który nie był do tego uprawniony. Dokumenty dotyczące podmiotu trzeciego poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę nie mogą zostać uznane za skutecznie złożone.

Zgodnie z pkt 7.6.1 SIWZ „Oświadczenia, o których mowa w rozporządzeniu dotyczące wykonawcy i innych podmiotów, na których zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22 a Ustawy oraz dotyczące podwykonawców składane są w oryginale. Pozostałe dokumenty, inne niż oświadczenia, o jakich mowa w zdaniu poprzednim składane są w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem. Poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawca, podmiot na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą”. Koresponduje to z § 14 ust. 3 Rozporządzenia, zgodnie z którym poświadczenia za zgodność z oryginałem dokonuje odpowiednio wykonawcą podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawcą wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego albo podwykonawca, w zakresie dokumentów, które każdego z nich dotyczą.

Zamawiający podkreślił, że skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania jest zawsze jednoczesne odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z postępowania. Taka oferta nie powinna podlegać ocenie punktowej, gdyż nie jest możliwe rozpatrywanie oferty podmiotu, który nie posiada uprawnienia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Uznanie oferty za odrzuconą poprzedzać musi czynność wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. W tej sprawie, z uwagi na niewykazanie przez Odwołującego spełnienia warunku udziału w Postępowaniu,

Zamawiający wykluczył Odwołującego, co stanowiło podstawę dla uznania oferty wykonawcy za odrzuconą. W konsekwencji zarzut naruszenia art. 24 ust. 4 Pzp jest bezzasadny.

Następnie Zamawiający podał, że zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jest bezzasadny z uwagi na okoliczność, że w Postępowaniu nie została żadna oferta niepodlegająca odrzuceniu. W związku z powyższym Zamawiający był zobowiązany do unieważnienia Postępowania.

Zamawiający stwierdził kolejno, że nieuzasadniony jest również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp.

W zakresie wezwania do uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania Podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp Zamawiający oświadczył, że zastosował w stosunku do Odwołującego procedurę z powyższego przepisu, wzywając go – pismem z 29 sierpnia 2017 r. – do uzupełnienia zobowiązania Podmiotu trzeciego. Bezzasadny tym samym jest zarzut Odwołującego, jakoby wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia zobowiązania nie dotyczyło tych wymagań, które stanowiły podstawę do wykluczenia z Postępowania. Zamawiający podkreślił, że może wzywać danego wykonawcę do uzupełniania danego dokumentu tylko raz, chyba że kolejne wezwanie dotyczyłoby innego braku oferty, czy błędu wykonawcy. Odwołujący uzupełnił żądany przez Zamawiającego dokument, jednakże nadal nie był to dokument potwierdzający spełnienie warunku udziału w Postępowaniu. Skoro zatem Odwołujący był już raz wezwany do uzupełnienia dokumentu w postaci zobowiązania, to brak jest podstaw do twierdzenia, że Zamawiający miał obowiązek wzywać Odwołującego do ponownego uzupełnienia tego dokumentu. Wielokrotne wzywanie Odwołującego do uzupełnienia tego samego dokumentu spowodowałoby złamanie zasady równego traktowania wykonawców, a ponadto stanowiłoby złamanie zasady jednokrotności uzupełniania dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Brak było również podstaw do zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp.

Mając na uwadze, że Odwołujący na wezwanie Zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp nie przedstawił dokumentu zobowiązania Podmiotu trzeciego, który potwierdzałby spełnienie przez warunków udziału w Postępowaniu, brak było podstaw dla zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp. Wyjaśnienia składane w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. w odniesieniu do dokumentu który był już uzupełniany w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, mogą jedynie służyć rozwianiu wątpliwości co do jego treści, co nie może prowadzić do jej zmiany. Odwołujący nie mógł zatem przez złożenie wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp potwierdzić, że określony potencjał dla wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu został mu faktycznie udostępniony w dniu upływu terminu złożenia ofert,

gdyż takie potwierdzenie powinno wynikać z dokumentu – zobowiązania Podmiotu trzeciego, nie zaś z wyjaśnień wykonawcy składanych na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp.

Odnosząc się do kwestii ponownego złożenia przez Odwołującego, w wyniku zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, wykazu robót budowlanych (formularz 4) Zamawiający stwierdził, dokument ten zawiera oświadczenie, z którego wynika, jakoby robota budowlana z poz. 6 wykazu stanowiła doświadczenie Odwołującego, w sytuacji gdy wskazana robota budowlana w wykazie robót budowlanych złożonych przez wykonawcę na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp, według oświadczenia Odwołującego, stanowiła doświadczenie podmiotu trzeciego.

Ponadto oświadczenie Odwołującego pod tabelą z wykazem robót budowlanych odnosiło się do poz. 7 wykazu, który takiej pozycji nie zawierał.

Nie było podstaw do żądania uzupełnienia ww. dokumentu lub wyjaśnienia jego treści, z uwagi na okoliczność braku wykazania spełnienia warunku udziału w Postępowaniu oraz związaną z tym koniecznością wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, nawet pomimo uzupełnienia dokumentu.

Ponadto, z tych samych względów, brak było podstaw do żądania uzupełnienia kopii dokumentów potwierdzających prawidłowe wykonanie usług przez Podmiot trzeci za zgodność z oryginałem.

Na rozprawie strony podtrzymały streszczone powyżej stanowiska.

**Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.**

Skład orzekający stwierdził, że Odwołujący jest legitymowany, zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 Pzp, do wniesienia odwołania.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści:

1. SIWZ,
2. oferty Odwołującego,
3. pisma Zamawiającego z 28 lipca 2017 r. – wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp,
4. pisma Odwołującego z 7 sierpnia 2017 r. – odpowiedzi na ww. wezwanie,

5. pisma Zamawiającego z 29 sierpnia 2017 r. – wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp,
6. pisma Odwołującego z 31 sierpnia 2017 r. – odpowiedzi na ww. wezwanie,
7. pisma Zamawiającego z 7 września 2017 r. – zawiadomienia Odwołującego o wykluczeniu z Postępowania i uznaniu złożonej przez niego oferty za odrzuconą,
8. załącznika do odwołania – wyjaśnienia Podmiotu trzeciego z 12 września 2017 r.

Na ich podstawie skład orzekający doszedł do przekonania, że stan faktyczny sprawy został przedstawiony przez strony postępowania odwoławczego adekwatnie i nie wymaga uzupełnienia, z zastrzeżeniem poniższych uwag.

Zasadny okazał się zarzut naruszenia przepisów art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp wyrażający się bezpodstawnym wykluczeniem Odwołującego z Postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w Postępowaniu (brak wykazania, że Odwołujący dysponował potencjałem technicznym Podmiotu trzeciego w terminie składania ofert) i uznaniem oferty Odwołującego za odrzuconą.

Izba wyjaśnia, że kwestii aktualności dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie można sprowadzać wyłącznie do badania prawidłowości dat dokumentów podmiotowych. Sformułowanie, że mają być one aktualne na dzień złożenia powoduje, że dopuszczalne są różne sytuacje – poprawne będzie zarówno złożenie dokumentów z datą przypadającą, przykładowo, przed upływem terminu składania ofert, o ile ich treść nadal zachowuje aktualność (tj. przykładowo, w odniesieniu do zobowiązania, jeżeli porozumienie o oddaniu wykonawcy do dyspozycji określonych zasobów podmiotu trzeciego nadal wiąże wykonawcę i ten podmiot). Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w której aktualnym na dzień jego złożenia będzie również dokument opatrzony datą przypadającą po upływie terminu składania ofert (np., jak w przedmiotowej sprawie, datą późniejszą niż wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp). W takim przypadku istotne jest to, czy potwierdza on spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert. *Ad casum* Izba uznała, że opisana powyżej sytuacja zachodzi z następujących przyczyn.

Odwołujący bezsprzecznie złożył w JEDZ oświadczenie, że będzie korzystał z potencjału innego podmiotu w celu wykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu i załączył m.in. zobowiązanie Podmiotu trzeciego. Następnie, w odpowiedzi na wezwanie w trybie przepisu art. 26 ust. 1 Pzp, złożył dokumenty potwierdzające należyte wykonanie przez Podmiot trzeci zamówień stanowiących udostępniany zasób,

a w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp – również zobowiązanie do udostępnienia tych zasobów.

Na podstawie całokształtu tych okoliczności należało, zdaniem składu orzekającego, uznać, że już w dacie składania JEDZ Zamawiający, po pierwsze, uzyskał wstępne – jak stanowi przepis art. 25a ust. 1 Pzp – potwierdzenie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu oraz, po drugie, że w celu wykazania spełniania warunków polegać będzie na zasobach innego podmiotu. Złożone później dokumenty, w szczególności zobowiązanie Podmiotu trzeciego, potwierdzały, niezależnie od daty zobowiązania, obie ww. okoliczności. Przedstawione przez Odwołującego dokumenty nie są w żaden sposób sprzeczne z deklaracją zawartą w JEDZ, przeciwnie – uzupełniają ją, tworząc logiczną całość.

Odnosząc się natomiast do przewidzianego w przepisie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp obowiązku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Izba wskazuje, że jakkolwiek z przepisu tego wynika, że wspomniany obowiązek spoczywa na wykonawcy, to jednak nie może być interpretowany w sposób dosłowny. Nawet jeśli z przedstawionych przez wykonawcę dokumentów nie wynika wprost, że spełnia przewidziane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu nie oznacza to, że zamawiający zwolniony jest z obowiązku badania tej kwestii. Po pierwsze – wnioskowi takiemu przeczą przewidziane w art. 26 ust. 3 i 4 Pzp instytucje wezwania do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów. Po drugie – nie jest wykluczona sytuacja, która *notabene* miała miejsce w przedmiotowej sprawie, że kwestia spełniania warunków udziału w postępowaniu nie wymaga zwracania się do wykonawcy w trybach przewidzianych we wzmiankowanych przepisach, a jedynie analizy całokształtu okoliczności towarzyszących złożeniu przez wykonawcę oferty i jego udziałowi w postępowaniu, w tym przedstawianych przez niego dokumentów. *Ad casum* Zamawiający takiej analizy nie przeprowadził, skupiając się *de facto* jedynie na dacie widniejącej na zobowiązaniu Podmiotu trzeciego.

*Ergo*, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą, zgodnie z pkt 1.2 sentencji wyroku.

Potwierdził się również zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp w odniesieniu do nieprawidłowo poświadczonych dokumentów Podmiotu trzeciego.

Izba wskazuje, że w świetle przepisu § 14 ust. 3 Rozporządzenia interpretacja forsowana przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania nie mogła się ostać. Wynika z niego wprost, że poświadczenia takiego może dokonać wyłącznie podmiot,

którego składane dokumenty dotyczą, o czym świadczą użyte w jego treści, w odniesieniu do wymienionych w nim podmiotów, sformułowanie „odpowiednio” oraz alternatywa rozłączna.

Niemniej jednak skład orzekający uznał, że nieprawidłowe poświadczenie dokumentów stanowi błąd, o którym mowa w przepisie art. 26 ust. 3 Pzp, uzasadniający podjęcie w stosunku do Odwołującego procedury w nim opisanej, tj. wezwania do uzupełnienia dokumentów, o czym orzeczono w pkt 1.3 sentencji orzeczenia.

W ocenie Izby na uwzględnienie zasługiwał także zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp polegający na zaniechaniu poprawienia oczywistych omyłek pisarskich w złożonym przez Odwołującego formularzu nr 4 – wykazie robót budowlanych. Jakkolwiek wspomniany przepis nie został przywołany w *petitum* odwołania, to jednak jego uzasadnienie (str. 5) nie pozostawia wątpliwości, że – w przekonaniu Odwołującego – Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 87 ust. 2 pkt 1 Pzp przez jego niezastosowanie.

Zdaniem składu orzekającego zarówno wskazanie Odwołującego jako wykonawcy zamówienia na rzecz Miasta R., jak i odwołanie się pod ujętą w wykazie tabelą do zamówienia oznaczonego jako „poz. 7”, stanowiły oczywiste omyłki pisarskie, tj. niezamierzone niedokładności w tekście dokumentu, które Zamawiający zobligowany był poprawić w trybie wynikającym z przywołanego powyżej przepisu. Oczywistość pierwszej z omyłek wynikała bowiem z faktu, że Odwołujący przedstawił Zamawiającemu dokumenty potwierdzające realizację tego zamówienia przez innego wykonawcę – podmiot udostępniający zasoby (W. Zamawiający prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P. R.-B. Z. W.z z siedzibą w R.), wobec czego omyłką Odwołującego było wpisanie w przypisie pod wykazem, że zamówienie to zrealizował Odwołujący. Z kolei w drugim przypadku Odwołujący odwołał się we wspomnianym przypisie do nieistniejącej pozycji w wykazie, ten bowiem składał się wyłącznie z sześciu pozycji.

W konsekwencji Izba nakazała Zamawiającemu poprawienie ww. omyłek, o czym orzeczono w pkt 1.4 sentencji wyroku.

W następstwie poczynionych powyżej ustaleń uwzględnieniu podlegał również zarzut naruszenia przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp, tj. bezpodstawnego unieważnienia Postępowania, ponieważ – w wyniku potwierdzenia przez Izbę zasadności pozostałych zarzutów odwołania i przywrócenia Odwołującego do Postępowania – odpadła podstawa jego unieważnienia.

Mając na uwadze powyższe Izba nakazała Zamawiającemu, w pkt 1.1 sentencji wyroku, unieważnienie wadliwej czynności unieważnienia Postępowania.



O kosztach postępowania (pkt 2 sentencji wyroku) orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i pkt 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.2010.41.238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....