

Sygn. akt: KIO 572/18

WYROK
z dnia 12 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawcę A. S. L., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą VIDIFILM A. S. L. w Zbrostawicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Zamość w Zamościu

przy udziale wykonawcy G. & S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę A. S. L., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą VIDIFILM A. S. L. w Zbrostawicach i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę A. S. L., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą VIDIFILM A. S. L. w Zbrostawicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy A. S. L., prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą VIDIFILM A. S. L. w Zbrostawicach na rzecz zamawiającego – Miasta Zamość w Zamościu kwotę 3 075 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemdziesiąt pięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017, poz. 1579 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Zamościu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

I. Miasto Zamość (zwane dalej Zamawiającym), prowadzi postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Opracowanie scenariusza wystawy, scenariuszy prezentacji filmowych i multimedialnych, opracowanie dokumentacji aranżacji pomieszczeń oraz wyposażenia Akademii Zamojskiej, wraz z aktualizacją dokumentacji budowlanej w zakresie wynikającym z dostosowania obiektu do funkcji prezentacji muzealnych i kulturalnych oraz pełnienie nadzoru autorskiego.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 1 lutego 2018 r., nr 512424-N-2018. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017, poz. 1579; dalej: Prawo zamówień publicznych albo Ustawa).

W dniu 26 marca 2018 r. przez wykonawcę A. S. L., prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą VIDIFILM A. S. L. w Zbrostawicach (dalej: Odwołujący) wniosła odwołanie, w którym zarzuciła Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- art. 7 ust. 1 Ustawy, poprzez nie zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Ustawy poprzez bezzasadne uznanie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- art. 24 ust. 4 Ustawy poprzez nieprawidłowe uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą,
- art. 22a ust. 6 poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo wystąpienia ustawowych przesłanek ku temu,
- art. 26 ust. 2 Ustawy poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udział w postępowaniu,
- art. 26 ust. 3 Ustawy poprzez nieprecyzyjne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący uzasadnił swoje zarzuty następująco:

W treści oferty, złożonej w postępowaniu, Odwołujący w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu założył, że będzie polegać na zasobach innych podmiotów, tj.

- 1) Adventure S. M., J. .
- 2) AWACO Project Sp. z o. o.
- 3) Linetel Media Sp. z o. o.

W dniu 14.02.2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia „dokumentów, potwierdzające zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, jeżeli Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.”

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 15.02.2018 r. Odwołujący złożył zobowiązanie firmy AWACO Project Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów oraz poinformował o braku możliwości złożenia dokumentów firm Adventure S. M., J. S. oraz Linetel Media Sp. z o.o., jednocześnie informując Zamawiającego o gotowości zmiany tych podmiotów w trybie art. 22a ust. 6 ustawy.

Dalszymi czynnościami Zamawiającego w przedmiotowej sprawie było wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących przedmiotowych dokumentów oraz wykluczenie Odwołującego z postępowania.

Odwołujący podnosił, iż Zamawiający przed wykluczeniem go z postępowania w żadnym piśmie nie zażądał, aby wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego:

- 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub
- 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną.

W ocenie Odwołującego, brzmienie art. 22a ust. 6 ustawy nie pozostawia najmniejszych wątpliwości co do trybu dokonania zmiany podmiotu, którego zasoby miały być wykorzystane. Otóż po pierwsze, zmiana taka odbyć może się na żądanie Zamawiającego. Po drugie zażądanie zmiany podmiotu jest obowiązkiem a nie prawem Zamawiającego. Po trzecie wreszcie ustawa mówi o wyznaczeniu wykonawcy terminu na dokonanie zmiany. Zamawiający w prowadzonym postępowaniu pominął fakt istnienia tego przepisu. W wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 14.02.2018 r. nie zażądał zastąpienia podmiotu. Nie zostało

do Odwołującego również wystosowane żadne inne pismo, w którym zostałby wezwany do zmiany lub osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia. Odwołującemu znane było brzmienie przepisu art. 22a ust. 6 ustawy, co przejawiało się w wyrażonej w treści pisma z dnia 15.02.2018 r. gotowości do zmiany podmiotów „używających” zasobów.

Według Odwołującego, Zamawiający miał możliwość wezwania go do zastąpienia podmiotu wraz z wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3, jednak tego nie uczynił. Nie zostało również wystosowane odrębne pismo z takim żądaniem. Odwołujący nie miał zatem możliwości zastąpienia podmiotu - czynność ta może odbyć się bowiem wyłącznie na żądanie Zamawiającego. Uznać więc również można, że wezwanie wystosowane do nas w trybie art. 26 ust. 3 było nieprecyzyjne, a fakt ten nie może mieć żadnych negatywnych skutków dla Odwołującego.

W odwołaniu Odwołujący podnosił, iż „w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w ogóle zaniechał zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 2” Prawa zamówień publicznych, wykluczając go z postępowania przed uzyskaniem dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału.

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

- powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,
- zastosowania przez Zamawiającego procedury opisanej w art. 22a ust. 6 ustawy.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu. W odpowiedzi na odwołanie wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca G. & S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołania nie można uwzględnić.

Izba ustaliła, co następuje:

Odwołujący jak sam oświadcza w odwołaniu, „W treści oferty wykonawca [Odwołujący] w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu założył, że będzie polegać na zasobach innych podmiotów”. Później jednak zmienił zdanie (ponieważ stwierdził, że „nie jest w stanie ustalić, czy te podmioty spełniają wymagania”). W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (do uzupełnienia dokumentów, potwierdzających zobowiązanie innych podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, jeżeli Wykonawca polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych), Odwołujący, jak sam opisuje w odwołaniu, poinformował o braku możliwości złożenia dokumentów podmiotów trzecich wskazanych w ofercie, i wyraził gotowość zmiany tych podmiotów w trybie art. 22a ust. 6 ustawy.

W konsekwencji Zamawiający wezwał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, a następnie wykluczył Odwołującego z postępowania, z czym nie zgodził się Odwołujący i wniósł odwołanie.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, ponieważ nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od jednostkowego orzeczenia (zapadłego w odmiennym zresztą stanie faktycznym), na które powoływał się Odwołujący, w orzeczeniach późniejszych wykształcił się pogląd, że procedura opisana w art. 22a ust 6 Prawa zamówień publicznych nie może być traktowana odrębnie od wezwania kierowanego do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych (KIO 1004/17, KIO 1723/17).

Kierunek orzeczniczy, podkreślający zasadę niezmienności oferty, tak w rozumieniu przedmiotowym, jak i podmiotowym, został przesądzony przez orzecznictwo ETS: wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 *Esaprojekt. Trybunał, odpowiadając na pytanie prejudycjalne* złożone przez Krajową Izbę Odwoławczą, postanowieniem z dnia 25 lipca 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 14 sierpnia 2014 r., w postępowaniu *Esaprojekt sp. z o.o. przeciwko Województwu Łódzkiemu*, orzekł, m.in., że „artykuł 51 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 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.”.

Reasumując, w niniejszym postępowaniu Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, dotyczących podmiotów trzecich, nie przedstawił takich dokumentów. Załączył natomiast zobowiązanie innego podmiotu. Nawet, gdyby Odwołujący zaproponował zupełnie nowe podmioty trzecie, za pomocą zasobów których to podmiotów mógłby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wobec zacytowanego wyżej orzeczenia ETS nie można byłoby zaakceptować takiej zamiany podmiotów. Odwołujący, jak zresztą wynika z treści odwołania, składając ofertę, nie miał ani wiedzy, ani pewności, że podmioty trzecie wskazane w ofercie, na zasobach których ma polegać, spełniają warunki udziału w postępowaniu.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszeń przepisów wskazanych w odwołaniu, a Zamawiający postąpił prawidłowo, wykluczając Odwołującego z postępowania, dlatego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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:

.....