

Sygn. akt: KIO 797/18

WYROK
z dnia 10 maja 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 kwietnia 2018 r. przez **D. S., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Firma Usługowo-Handlowa SMAD-KOP D. S., Ząbrowo 14/3, 78-312 Lekowo** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Świdwin, Plac Konstytucji 3 Maja 1, 78-950 Koszalin**.

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego „DROKON K. J.” Sp. j., ul. Drowska 62A, 78-300 Świdwin** oraz **B. B., prowadzącej działalność gospodarczą p.n. Zakład Usługowy B. B., Nielep 47/6, 78-331 Rąbino** zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **D. S., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Firma Usługowo-Handlowa SMAD-KOP D. S., Ząbrowo 14/3, 78-312 Lekowo** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **D. S., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Firma Usługowo-Handlowa SMAD-KOP D. S., Ząbrowo 14/3, 78-312 Lekowo** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **D. S., prowadzącego działalność gospodarczą p.n. Firma Usługowo-Handlowa SMAD-KOP D. S., Ząbrowo 14/3, 78-312 Lekowo** na rzecz **Miasta Świdwin, Plac Konstytucji 3 Maja 1, 78-950 Koszalin** kwotę

3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, zgodnie ze złożoną do akt sprawy fakturą.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Świdwin - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na rewitalizację Parku Miejskiego w Świdwinie. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 grudnia 2017r. pod nr 635963-N-2017.

W dniu 24 kwietnia 2018r. Odwołujący – D. S., prowadzący działalność gospodarczą p.n. Firma Usługowo-Handlowa SMAD - KOP D. S., wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty oraz wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 89 Pzp poprzez niezgodne z przepisami ustawy oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wykluczenie Odwołującego i odrzucenie oferty Odwołującego;
2. art. 91 Pzp poprzez niezgodny z przepisami ustawy oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wybór najkorzystniejszej oferty wskutek odrzucenia oferty Odwołującego;
3. art. 25, 25a, 26 Pzp poprzez niezgodne z przepisami prawa badanie oferty Odwołującego, wprowadzenie w błąd Odwołującego w zakresie żądanych oświadczeń i dokumentów;
4. art. 7 ust. 1 Pzp poprzez nie zachowanie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nie przeprowadzenia postępowania zgodnie z zasadami przejrzystości, proporcjonalności i obiektywizmu.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego i odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oraz o zasądzenie do Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania zgodnie z prawem następujących czynności:

- oceny oferty Odwołującego pod kątem spełniania formalnych przesłanek zgodnie z przepisami art. 89 Pzp i SIWZ,
- wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z treścią art. 91 Pzp,

Odwołujący nie zgodził się z decyzją Zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej oraz fakt, że Odwołujący na etapie wyjaśnień powołał się na zasoby innego podmiotu.

Wskazał, że w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie przedłożył dokumentów potwierdzających wykonanie robót o powierzchni ponad 5 tysięcy m². Jest to niezgodne z prawdą. Zdaniem Odwołującego wykazał on wykonanie robót o powierzchni ponad 5 tysięcy m², a ponadto sformułowania zawarte w SIWZ są nie dość jasne, aby mogły stanowić arbitralną podstawę wykluczenia z tego powodu. Odwołujący podniósł, że Zamawiający ma obowiązek jasnego formułowania warunku udziału w postępowaniu. Na potwierdzenie przywołał orzecznictwo KIO.

Odwołujący przedstawił dokumenty potwierdzające wykonanie jednej roboty polegającej na rewitalizacji/pielęgnacji terenów zielonych o powierzchni 2,60ha oraz budowie, przebudowie, placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o łącznej powierzchni 6.505,3m² mając na uwadze użycie przez Zamawiającego liczby mnogiej „placów, chodników i ulic”, a nie placu lub chodnika lub ulicy z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni minimum 5 tysięcy m². Tym samym, zdaniem Odwołującego uznać należy, że intencją Zamawiającego było wykazanie robót o łącznej powierzchni ponad 5 tysięcy m². Wykonawca miał obowiązek wykazać co najmniej jedną robotę z kostki brukowej lub kostki kamiennej, przy czym łączna powierzchnia robót (a jeżeli była jedna to ta wykonywana robota), powinna mieć ponad 5 tysięcy m². Odwołujący przedstawił wykaz takich robót o powierzchni ponad 5 tysięcy m². Co ważne, wykaz ten nie był kwestionowany w postępowaniu przed poprzednim wykluczeniem Odwołującego.

Uzasadniając wykluczenie Odwołującego, Zamawiający powołuje się na Wyroki Trybunału Sprawiedliwości oraz Krajowej Izby Odwoławczej. Jednakże, zdaniem Odwołującego należy wskazać, że przytoczony Wyrok Trybunału odnosi się do sytuacji, w której wykonawca na żądanie zamawiającego przedstawia dokumenty, w których powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, przez co dokonuje zmiany pierwotnej oferty. Zasada ta jest jednak zawsze modyfikowana przez okoliczności konkretnej sprawy. Zwróciła na to uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w Wyroku z dnia 21.11.2017r., Sygn. akt 2336/17. W tym Wyroku, przytoczonym przez Zamawiającego w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego, Izba wskazała, że nie zawsze zasada wyrażona przez Trybunał ma zastosowanie. Wszystko zależy od okoliczności konkretnej sprawy. W tamtej sprawie zasada wyrażona przez Trybunał Sprawiedliwości nie mogła znaleźć zastosowania. Odwołujący podniósł, że także w przedmiotowej sprawie, z uwagi na jej okoliczności, Zamawiający nie mógł wykluczyć Odwołującego z powodu złożenia dokumentów powołujących się na zasoby podmiotu trzeciego.

Przede wszystkim Odwołujący złożył dokumenty z powołaniem się na zasoby podmiotu trzeciego z ostrożności wskutek wprowadzenia go w błąd przez Zamawiającego oraz wskutek tego, że Zamawiający oparł się na uzasadnieniu Wyroku KIO z dnia 05.04.2018r. Tymczasem, w Wyroku z dnia 20.02.2018r., Izba dopuściła możliwość powołania się na roboty nie tylko na podstawie jednej umowy, ale kilku. Te dwie sprzeczne interpretacje zapisów SIWZ w stosunku do dwóch wykonawców nie mogą prowadzić do pokrzywdzenia Odwołującego. Nie można akceptować sytuacji, w której inaczej interpretuje się zapisy SIWZ w stosunku do dwóch różnych wykonawców.

Postępowanie, w którym wskutek błędnej interpretacji postanowień SIWZ doprowadzono do sytuacji, że wykonawca podejmuje czynności na żądanie Zamawiającego, nie może prowadzić do jego wykluczenia. Podkreśla to Izba w swoich orzeczeniach. W Wyroku z dnia 02.04.2015r., Sygn. akt KIO 543/15 wskazano, że „Błędna interpretacja postanowień SIWZ nie może stanowić podstawy do wykluczenia wykonawcy z powodu podania nieprawdziwych informacji”.

Odwołujący podniósł, że przy badaniu ofert Zamawiający nie kwestionował tego, że warunek robót obejmujących wykonanie ponad 5 tys. m² polbruku może być spełniony na podstawie kilku robót. Zamawiający nie kwestionował umów GOREM sp. z o.o. w Gdańsku i badając jego ofertę poddał jedynie w wątpliwość to, czy roboty te faktycznie obejmowały 5 tys m² na podstawie przedłożonych dwóch umów. Możliwość powoływania się na kilka robót i umów potwierdził Wyrok KIO z dnia 20.02.2018r. Zmiana interpretacji zapisów SIWZ nastąpiła dopiero na etapie badania oferty Odwołującego po tym Wyroku. Takie postępowanie jest niedopuszczalne, co podkreśla KIO w swoich orzeczeniach. W Wyroku z dnia 21 października 2013r., Sygn. akt KIO 2384/13 wskazano, że „Dookreślenie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków na etapie oceny ofert, narusza zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, bowiem swobodna interpretacja regulacji zawartych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ dokonywana przez zamawiającego, nieznaną wykonawcom, na etapie przygotowywania ofert oraz dokonywanie oceny spełnienia warunków w oparciu o tę interpretację uniemożliwia wykonawcom złożenie ofert zawierających odpowiednie dokumenty. Takie działania zamawiającego narusza również niewyartykułowaną wprost, lecz wynikającą z ustawy i dającą się skonkretyzować na podstawie jej zapisów, zasadę prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy.

Zdaniem Odwołującego z taką sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Zamawiający różnie interpretuje SIWZ na różnych etapach postępowania, przez co wprowadza wykonawców w błąd.

Na podstawie dokumentacji akt sprawy oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania zaprezentowane w trakcie rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty:

1. Konsorcjum: PPUH Drokon K. J. oraz B. Zakład Usługowy B. B. z ceną 5827 955,05 (dalej konsorcjum Drokon),
2. Gorem sp. z o.o. z ceną 5799 825,90 zł (dalej Gorem),
3. Firma Usługowo -Handlowa SMAD KOP D. S. z ceną 4 710 000zł (dalej Odwołujący).

W dniu 31.01.2018r. Zamawiający dokonał wyboru oferty konsorcjum Drokon i poinformował o wykluczeniu z udziału w postępowaniu Gorem z powodu niespełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy i doświadczenia oraz Odwołującego z powodu niespełnienia warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wyrokiem z dnia 20 lutego 2018r. Sygn. akt KIO 219/18, 229/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania wniesione przez Odwołującego oraz Gorem i nakazała unieważnienie czynności wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu, unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem ofert odwołujących się wykonawców.

W wyniku ponownego badania i oceny ofert Zamawiający ponownie wykluczył Odwołującego oraz wykonawcę Gorem z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Wyrokiem z dnia 5 kwietnia 2018r. KIO 525/18, 526/18 Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania i nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołujących z udziału w postępowaniu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołujących do uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 c tiret pierwsze SIWZ odnośnie budowy, przebudowy placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni min. 5 tys. m² i wyboru oferty najkorzystniejszej.

Wykonując ww. wyrok Zamawiający wezwał wykonawców GOREM oraz Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp do złożenia wyjaśnień bądź uzupełnienia dokumentów w zakresie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2 c tiret pierwsze. (zgodnie z wyjaśnieniem Zamawiającego pisma omyłkowo datowane na 14.03.2018 r. - przekazane wykonawcom w dniu 17.04.2018r). W odniesieniu do oferty Odwołującego Zamawiający podniósł, że zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ wskazane referencje i oświadczenia odnośnie wykonanych robót nie stanowią potwierdzenia spełniania warunku. W żadnej z robót opisanych w pkt 2-7 załącznika brak jest wymaganej min. wielkości (powierzchni) każdej z robót w zakresie 5tys m² bądź nie każdą z nich wykonano

w oparciu o rodzaj materiałów budowlanych wymaganych przez Zamawiającego tj. kostki polbruk lub kostki kamiennej.

Odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, Odwołujący złożył pismo z dnia 18.04.2018r. wraz z referencjami oraz zobowiązaniem podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów. Z treści zobowiązania do udostępnienia zasobów z dnia 18.04.2018r. wynika, że PP. Le Gum T. L. w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu udostępniła swoje referencje oraz wiedzę i doświadczenie Odwołującemu na potrzeby postępowania o zamówienie publiczne dotyczącego Rewitalizacji Parku Miejskiego w Świdwinie na czas niezbędny do realizacji ww. zamówienia. Z załączonego poświadczenia z dnia 26.08.2014r. wynika, że PP Le Gum T. L. wykonała w latach 2013/2014 na terenie należącym do właściciela firmy utwardzenie dróg o łącznej pow. 8230m², a zakres prac obejmował m.in. wykonanie podbudowy z tłucznia kamiennego, wykonanie nawierzchni z kostki betonowej „dwuteówki” gr 8cm na podsypce cementowo- piaskowej. Referencje te zostały podpisane przez T. L. . Właściciela PP LeGum T. L. .

W dniu 17.04.2018r. Zamawiający wystosował także pismo do Gminy Rewal z prośbą o potwierdzenie i doprecyzowanie wystawionych referencji przez podanie informacji z jakiego materiału została wykonana droga dojazdowa do gruntów rolnych w m. Śliwin oraz jak została obliczona powierzchnia wykonanych robót. Z wyjaśnień Zamawiającego wynika, że pismo to pozostało bez odpowiedzi.

W dniu 19.04.2018r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez konsorcjum Drokon oraz wykluczeniu wykonawców GOREM i Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania min. jednej roboty polegającej na budowie placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni min. 5 tys. m².

Mając na uwadze powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp.

W ocenie Izby czynność polegająca na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 była prawidłowa.

Na wstępie stwierdzić należy, że kwestia wykładni treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt V.1.2) c tiret pierwsze SIWZ, została ostatecznie rozstrzygnięta w przywołanym orzeczeniu KIO z dnia 5 kwietnia 2018r. Sygn. akt KIO 525, 526/18 (str. 18-29 wyroku). Oznacza to, że interpretacja tam poczyniona jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego i wykonawców jak i dla Izby w tym postępowaniu odwoławczym. Wszelkie zarzuty dotyczące kwestionowania treści przywołanego warunku udziału w postępowaniu, w tym jego nieadekwatności do przedmiotu zamówienia są na tym etapie postępowania spóźnione. Odwołujący mógł kwestionować treść warunku udziału w postępowaniu w drodze środków ochrony prawnej, w przysługujących do tego ustawowym terminie na zaskarżenie. Brak podjęcia takiego działania ze strony wykonawców, oznacza, że treść warunku udziału w postępowaniu ustalona przez Zamawiającego jest zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców wiążąca dla wszystkich ubiegających się o udzielenie tego zamówienia podmiotów.

Po pierwsze, z treści warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt V.1.2) c tiret pierwsze, jak również z udzielonych w toku postępowania odpowiedzi na pytania do siwz, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie wynika, że Zamawiający dopuścił powoływanie się na wykonanie nawierzchni z tłucznia. Warunek udziału w postępowaniu nie był przez Zamawiającego modyfikowany w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a tylko jego modyfikacja mogłaby stanowić podstawę do takiego twierdzenia i umożliwiłaby wykazanie się doświadczeniem w wykonaniu nawierzchni z tłucznia a nie kostki polbruk czy kamiennej. Udzielone odpowiedzi na pytania nie zmieniły treści warunku udziału w postępowaniu, na co wskazała także Izba w orzeczeniu z dnia 5 kwietnia 2018r. i nie mogły one w żaden sposób być podstawą do twierdzenia, że Zamawiający dopuścił wykonanie nawierzchni z tłucznia.

Po drugie, jak słusznie wskazała KIO w przywołanym wyroku warunek jasno określał, że wykonawca ma wykazać się realizacją co najmniej jednej roboty polegającej na wykonaniu budowy, przebudowy placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni min. 5 tys. m². Niedopuszczalnym zatem było sumowanie robót z kilku umów, tak aby uzyskać wymaganą powierzchnię 5tys m². Należało powołać się na co najmniej jedną robotę, w ramach której wykonano wymaganą ilość powierzchni ze ściśle określonych materiałów: z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej.

W dalszej części stwierdzić należy, że robota zrealizowana na rzecz Gminy Rewal w ramach której Odwołujący wykonał przebudowę drogi dojazdowej do m. Śliwin o powierzchni nawet przekraczającej 5tys m², była wykonana z tłucznia, co Odwołujący sam potwierdził w toku postępowania przed Izbą, a zatem nie może być ona uznana za spełniającą warunek określony w pkt V.1.2) c Siwz.

Istota sporu między stronami w tym postępowaniu odwoławczym sprowadza się do oceny czy dopuszczalnym jest potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu

w zakresie doświadczenia zawodowego przez wykazanie się zasobami podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy wykonawca w złożonej Zamawiającemu ofercie powołał się jedynie na doświadczenie własne.

Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca dopuszcza, aby celem spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca posłużył się potencjałem podmiotu trzeciego. Ma to ułatwić dostęp do rynku zamówień dla małych i średnich przedsiębiorstw. Nowelizacją ustawy z dnia 22 czerwca 2016r. (Dz.U. z 2016r, poz. 1020) wprowadzono nowy przepis art. 22a, który stanowi transpozycję do polskiego porządku prawnego art. 63 dyrektywy 2014/24/UE. W treści art. 22 a ust. 6 Pzp ustawodawca wprowadził regulacje dotyczące uprawnień zamawiającego w sytuacji, w której podczas oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę powołującego się na zasoby podmiotu trzeciego stwierdzi, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub ustali, że wobec podmiotu trzeciego wystąpią przesłanki do wykluczenia z udziału w postępowaniu. Wówczas zamawiający ma prawo do skierowania do wykonawcy wezwania, w którym może zażądać, aby wykonawca: 1. zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2. zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Zauważyć należy, że samo umiejscowienie przepisu art. 22a Pzp bezpośrednio pod warunkami udziału w postępowaniu, sprawia się poleganie na zasobach podmiotu trzeciego należy odczytywać jako ściśle związane z warunkami udziału w postępowaniu, które mają być spełnione przez wykonawcę. Z treści przywołanego wyżej przepisu art. 22a ust. 6 Pzp wynika, że ustawodawca dopuszcza zastąpienie podmiotu trzeciego, na którego zasobach polega wykonawca innym podmiotem trzecim lub przez zobowiązanie się do samodzielnego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Przepisy ustawy nie przewidują natomiast sytuacji, w której zadeklarowane w ofercie samodzielne wykonanie przedmiotu zamówienia zostaje na późniejszym etapie postępowania zastąpione deklaracją co do wykonania tego przedmiotu zamówienia przez podmiot trzeci. Zmiana taka, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem KIO oraz poglądami wyrażanymi w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości UE byłaby niedopuszczalną zmianą podmiotową treści oferty. Stanowisko takie zostało potwierdzone w wyroku TS UE z dnia 4 maja 2017r. C-387/14 ws. Esaprojekt. Trybunał wskazał, że 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. Taką zmianę należy traktować jako istotną zmianę oferty. Kluczowe dla stanowiska Trybunału jest przekonanie,

że dopuszczenie takiej zmiany skutkowałoby zmianą podmiotową po stronie wykonawcy. Trybunał podzielił w tym zakresie stanowisko rzecznika generalnego B. wyrażone w opinii przedstawionej w tej sprawie, zgodnie z którą 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 zamówienia.

W konsekwencji w sytuacji, gdy w momencie składania oferty wykonawca opierał się jedynie na zasobach własnych, to nie jest on uprawniony do powoływania się na zdolności podmiotów trzecich w ramach wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów składanych w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp..

Niezależnie od tego wskazać należy, że w przypadku robót budowlanych, jakie objęte są tym zamówieniem publicznym konieczne jest, aby podmiot trzeci brał realny udział w realizacji zamówienia. W rozpatrywanym stanie faktycznym nie wykazano, że udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego ma charakter realny i podmiot ten będzie brał rzeczywiście udział w wykonaniu robót.

Z tych względów, zdaniem Izby, czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z uwagi na brak wykazania spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej w zakresie wykonania min. jednej roboty polegającej na budowie placów, chodników, ulic z kostki brukowej polbruk lub kostki kamiennej o powierzchni min. 5 tys. m² była prawidłowa

Odnosnie okoliczności, które winny w ocenie Odwołującego skutkować unieważnieniem tego postępowania o zamówienie publiczne, Izba wskazuje, że może orzekać jedynie w granicach zarzutów podniesionych w treści odwołania, a Odwołujący takiego zarzutu w odwołaniu nie sformułował.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

Przewodniczący: