

**Sygn. akt: KIO 2417/16**

**Wyrok**

**z dnia 10 stycznia 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Izabela Niedziałek-Bujak**

**Marzena Ordysińska**

**Protokolant: Aleksandra Zielonka**

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron dnia 9 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 grudnia 2016 r. przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Neckerit Sp. z o.o., ul. Rejowicka 10, 04-891 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez **Komenda Główna Policji, ul. Puławska 148/150, 02-624 Warszawa**

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, a w toku ponownej czynności badania i oceny ofert wezwanie odwołującego na podstawie art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia.

2. kosztami postępowania obciąża **Komendę Główną Policji w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Neckerit Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**;

2.1. zasądza od **Komendę Główną Policji w Warszawie** na rzecz wykonawcy **Neckerit Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**; kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000 zł) i wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego (3 600 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

.....

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Komenda Główna Policji w Warszawie prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „zakup materiałów informatycznych do urządzeń drukujących w komórkach organizacyjnych Komendy Głównej Policji w latach 2016/2017” (dalej „Postępowanie”) opublikowane w Dz. U.U.E. pod nr 2016/S 195- 351026.

Odwołujący: Neckerit sp. z o.o. siedzibą w Warszawie wniósł odwołanie wobec dokonania przez Zamawiającego czynności oceny i badania oferty Odwołującego, w tym wykluczenia Odwołującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty.

I. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu w związku z niewykazaniem przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. VI. 1.1) SIWZ w sytuacji, gdy ze złożonych dokumentów i oświadczeń wynika, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w pkt. VI. 1.1) SIWZ, z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia, co należy rozumieć przez pojęcie „materiały eksploat.”/”materiały eksploatacyjne”.
2. Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu w związku z treścią JEDZ podmiotu trzeciego ABC Data S.A. (zwanego dalej ABC Data), podczas gdy ze złożonych dokumentów i oświadczeń wynika, iż Odwołujący wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia określony w pkt. VI. 1.1) SIWZ, z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. VI. 1.1) SIWZ.
3. Z ostrożności procesowej - naruszenie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia.
4. Z ostrożności procesowej - naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń o informacje, jakie materiały eksploatacyjne były przedmiotem dostaw.

II. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu, aby unieważnił czynność oceny i badania ofert, w tym czynność wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz odrzucenia jego oferty, a następnie dokonał ponownie czynności oceny i badania ofert oraz wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Odwołującego.

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Stan faktyczny:

Zamawiający w pkt. VI. 1.1) SIWZ określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej wymagając, aby wykonawcy wykonali w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie: co najmniej trzy zamówienia, które obejmowały dostawę materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących o łącznej wartości minimum 300 000 zł brutto.

Zgodnie z pkt. VII 1.1.1. SIWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą oświadczenia, stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”). Zamawiający wymagał wypełnienia JEDZ w zakresie odpowiadającym wszelkim wymaganiom określonym w SIWZ. Stosownie do pkt. VII.4.4.5. SIWZ wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku podstaw istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w Postępowaniu lub kryteriów selekcji składa JEDZ dotyczący tych podmiotów.

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone 4 oferty, w tym oferta Odwołującego.

Odwołujący wraz z ofertą złożył następujące dokumenty:

- wykaz głównych dostaw wskazujący na 3 dostawy materiałów eksploatacyjnych wraz z datami dostawy oraz nazwą odbiorcy (Action S.A, oraz Multioffice sp z o.o.);
- referencje z 9 czerwca 2015 roku potwierdzające, że Odwołujący wykonał na rzecz Action S.A. zgodnie z ustaleniami i terminowo dostawy materiałów eksploatacyjnych o wartości 629 565,54 zł w dniu 30 kwietnia 2014 roku (data tożsama z tą wskazaną w wykazie dostaw);
- zobowiązanie ABC Data z 10 listopada 2016 roku do udostępnienia zasobów, w którego treści spółka oświadczyła, iż wykonała należycie dostawy m.in. na rzecz spółki Multioffice sp. z o.o. w Krakowie i na potwierdzenie należytego wykonania dostaw w załączeniu przedstawiła dwa oświadczenia Multioffice sp z o.o. z 20 listopada 2016 roku potwierdzające, że ABC Data wykonała rzetelnie i terminowo dostawę materiałów eksploatacyjnych na kwotę 1 285 595,66 PLN 30 kwietnia 2014 roku (data tożsama z tą

wskazaną w wykazie dostaw) oraz dostawę materiałów eksploatacyjnych na kwotę 314 724,06 PLN 29 stycznia 2014 roku (data tożsama z tą wskazaną w wykazie dostaw);

- JEDZ, w którym pozostawił nie wypełnioną część IV lit. C pkt. lb) - „Zdolność techniczna i zawodowa”.

Do oferty nie został załączony JEDZ ABC Data.

4. Pismem z 28 listopada 2016 roku Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do:

- uzupełnienia dokumentu JEDZ Odwołującego w zakresie części IV lit. C „Zdolność techniczna i zawodowa” pkt. lb),

- złożenia dokumentu JEDZ dotyczącego podmiotu trzeciego, na zasoby którego powołał się Odwołujący, tj.: ABC Data S.A. w Warszawie (dalej „ABC Data”).

5. W odpowiedzi pismem z 28 listopada 2016 roku Odwołujący uzupełnił żądane dokumenty, tj.:

- oświadczenie JEDZ uzupełnione zostało w zakresie części IV lit. C, pkt lb) - Odwołujący opisał w tabeli doświadczenie w realizacji wymaganych zamówień zgodnie z wymaganiami zamawiającego podając opis dostawy („dostawa materiałów eksploat.”), wartości, daty dostawy oraz odbiorców;

- oświadczenie JEDZ podmiotu trzeciego ABC Data - w oświadczeniu tym pozostała nie wypełniona części IV lit. C, pkt lb) - „Zdolność techniczna i zawodowa”.

Zamawiający nie prowadził dalszego badania oświadczeń złożonych przez Odwołującego oraz nie zwracał się o ich wyjaśnienie.

6. Dnia 13 grudnia 2016 roku Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu.

Zamawiający w uzasadnieniu podał następujące okoliczności, które legły u podstaw decyzji o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzucenia jego oferty:

- Zamawiający odnosząc się do treści SIWZ (pkt.VII. 1.1.1. oraz VI. 1. SIWZ) wskazał, że w złożonym wraz z ofertą przez Odwołującego dokumencie JEDZ stwierdzono brak oświadczenia w części IV lit. C pkt lb) JEDZ - „Zdolność techniczna i zawodowa”.

W konsekwencji Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentu JEDZ,

Zamawiający wyjaśnił, iż w jego ocenie uzupełniony na wezwanie JEDZ Odwołującego nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż w części IV formularza JEDZ „Kryteria kwalifikacji” lit. C „Zdolność techniczna i zawodowa” pkt lb) w rubryce „Opis” trzykrotnie Odwołujący wskazał „dostawa materiałów eksploat.” nie precyzując, o jakiego

rodzaju materiały eksploatacyjne chodzi, co dowodzi nie wykazania spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

- Zamawiający odnosząc się do treści SIWZ (pkt VII 4.4.5, SIWZ) wskazał, że Odwołujący nie złożył dokumentu JEDZ ABC Data, stąd został wezwany w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do jego uzupełnienia.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie złożył JEDZ ABC Data.

Złożony dokument nie został jednak wypełniony w zakresie części IV JEDZ „Kryteria kwalifikacji” lit. C „Zdolność techniczna i zawodowa” pkt 1 b), co było zdaniem Zamawiającego „niezbędne”, skoro Odwołujący wykazuje spełnianie warunku posiłkując się zasobem podmiotu trzeciego.

Jako uzasadnienie prawne swojego stanowiska powołał instrukcję wypełniania JEDZ opracowaną przez Urząd Zamówień Publicznych. W konkluzji stwierdził, iż konsekwencją opisanego uchybienia jest stwierdzenie, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia.

Uwzględniając powyższe Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając czynnościom Zamawiającego, co następuje:

Zarzut nr 1:

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania, a jego oferta podlega odrzuceniu w związku z niewykazaniem przez Odwołującego spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. VI. 1.0 SIWZ w sytuacji, gdy ze złożonych dokumentów wynika, iż Odwołujący wykazał spełnianie warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w pkt. VI. 1,1J SIWZ. z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia, co należy rozumieć przez pojęcie „materiały eksploatacyjne”/”materiały eksploatacyjne”.

1. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu wskazany w pkt. VI.1.1) SIWZ, a zatem brak uzasadnienia do wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2. Jak dowodzi analiza przedstawionego stanu faktycznego już z dokumentów złożonych wraz z ofertą (wykaz dostaw, referencje, zobowiązanie podmiotu trzeciego ABC Data) Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości dotyczące treści złożonych dokumentów winien Odwołującego wezwać do ich wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał jednak wezwania do wyjaśnienia przedmiotowych dokumentów i oświadczeń.

Zamawiający wezwał jednak Odwołującego nadmiarowo (gdyż już z dokumentów założonych wraz z ofertą wynikało wymagane doświadczenie Odwołującego) do złożenia kompletnego dokumentu JEDZ wobec jego niewypełnienia w części IV, lit. C „Zdolność techniczna i zawodowa” pkt lb). Wezwanie było sformułowane bardzo ogólnie.

Odwołujący złożył uzupełniony w tym punkcie JEDZ powielając wcześniej już znajdujące się w dyspozycji Zamawiającego informacje, w tym określając przedmiot dostawy jako „materiały eksploat.”

4. Dopiero w informacji o wykluczeniu z Postępowania Odwołujący powziął informację, iż Zamawiający oczekiwał od Odwołującego sprecyzowania pojęcia „materiały eksploatacyjne”. Zamawiający w tym zakresie wcześniej ani nie zwracał się do Odwołującego o wyjaśnienie dokumentów, ani o ich uzupełnienie.

5. Oczywistym jest, iż oświadczenia dotyczące materiałów eksploatacyjnych należy odczytywać w kontekście przedmiotu Postępowania oraz postawionego warunku udziału w Postępowaniu dotyczącego doświadczenia. W warunku wymagano doświadczenia w realizacji dostaw materiałów eksploatacyjnych do urzędzeń drukujących, co jest skorelowane z przedmiotem zamówienia obejmującym dostawy materiałów eksploatacyjnych do urzędzeń drukujących (por. załącznik nr 1 do projektu umowy). Jeśli jednak Zamawiający miał w tym zakresie jakiegokolwiek wątpliwości zobowiązany był przede wszystkim wezwać Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego zaniechał i bezzasadnie wykluczył Odwołującego z Postępowania.

Przedstawiona argumentacja dowodzi, iż Zamawiający w okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zarzut nr 2:

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż Odwołujący podlega wykluczeniu z Postępowania a jego oferta podlega odrzuceniu w związku z treścią JEDZ podmiotu trzeciego ABC Data, podczas gdy ze złożonych dokumentów i oświadczeń wynika, iż Odwołujący wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu dotyczący doświadczenia określony w pkt. VI. 1.0 SIWZ. z ostrożności - naruszenie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. VI. 1.1) SIWZ.

1. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego Odwołujący wykazał, że spełnia warunek udziału w Postępowaniu wskazany w pkt. VI. 1.1) SIWZ, a zatem brak uzasadnienia do wykluczenia go z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz odrzucenia jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

2. Jak dowodzi analiza przedstawionego stanu faktycznego już z dokumentów złożonych wraz z ofertą (wykaz dostaw, referencje, zobowiązanie podmiotu trzeciego ABC Data) Odwołujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia. Jeśli Zamawiający miał wątpliwości dotyczące ich treści, jak również treści dokumentów złożonych w wyniku uzupełnienia, winien Odwołującego wezwać do ich wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający zaniechał jednak wezwania do wyjaśnienia przedmiotowych dokumentów i oświadczeń.

3. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentu JEDZ ABC Data. Odwołujący wywiązał się z tego obowiązku uzupełniając przedmiotowy dokument.

Nie jest sporne, iż spółka ABC Data nie wypełniła formularza JEDZ w część IV, lit. C „Zdolność techniczna i zawodowa” pkt lb). Jednak brak wypełnienia JEDZ w omawianym zakresie przez ABC Data nie dowodzi, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowania określonego w pkt. VI. 1.1) SIWZ. Odwołujący w tej kwestii podtrzymuje stanowisko zaprezentowane w argumentacji dotyczącej zarzutu nr 1.

4. Stanowisko Zamawiającego w omawianym zakresie jest niezrozumiałe wobec treści dokumentów i oświadczeń złożonych wraz z ofertą przez Odwołującego. Zamawiający w żaden sposób merytoryczny nie uzasadnił, dlaczego konsekwencją brak wypełnienia przez ABC Data JEDZ w część IV, lit. C „Zdolność techniczna i zawodowa” pkt lb) ma być ocena, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. VI. 1.1) SIWZ. Zamawiający w uzasadnieniu wykluczenia Odwołującego z Postępowania jedynie niezwykle lakonicznie ograniczył się do powołania instrukcji UZP dotyczącej wypełniania JEDZ i twierdzeń, że określony punkt JEDZ nie został wypełniony. Tym czasem Odwołujący wskazuje, iż ustawie Pzp nie jest znana podstawa wykluczenia polegająca na niewypełnieniu określonej części JEDZ.

5. Odnosząc się do przywołanego stanowiska UZP stanowiącego instrukcję wypełniania JEDZ należy podkreślić, iż pogląd UZP dotyczący wypełnienia JEDZ nie jest wiążący ani dla KIO, ani dla Zamawiającego, ani dla Odwołującego. Nie stanowi również źródła prawa. Ustosunkowując się już do treści samej opinii UZP wymaga zauważenia, iż ma ona charakter ogólny, abstrahujący od okoliczności konkretnego przypadku. Opinia nie uwzględnia niuansów związanych z różnorodnością stanów faktycznych, które w postępowaniach o zamówienie mogą wystąpić i które nie mogą być pominięte przez zamawiającego przy dokonywaniu poszczególnych czynności w konkretnym postępowaniu o zamówienie publiczne.

W okoliczność sprawy Zamawiający nie uwzględnił w ogóle treści dokumentów i oświadczeń złożonych w Postępowaniu przez Odwołującego i ABC Data, a w konsekwencji podjął wadliwą decyzję o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Przedstawiona argumentacja dowodzi, iż Zamawiający w okolicznościach faktycznych i prawnych sprawy naruszył przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

#### Zarzut nr 3

Z ostrożności - naruszenie art. 22a ust. 6 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego Odwołującego do zastąpienia podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia.

1. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej należy wskazać, iż Zamawiający, zanim wykluczy wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a spełnianie owych warunków wykazuje posiłkując się potencjałem podmiotu trzeciego, zobowiązany jest wezwać wykonawcę do zastąpienia podmiotu trzeciego innym podmiotem lub podmiotami, jeśli ów podmiot trzeci wskazany przez wykonawcę nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub podlega wykluczeniu.

2. W przedmiotowym przypadku, jeśli w ocenie Zamawiającego, ABC Data nie wykazało wykonania określonych dostaw wymaganych w SIWZ, Zamawiający zobowiązany był wezwać Odwołującego zgodnie z art. 22a ust 6 ustawy Pzp.

#### Zarzut nr 4

Z ostrożności procesowej) zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń o informacje, jakie materiały eksploatacyjne były przedmiotem dostaw.

1. Z daleko posuniętej ostrożności procesowej (gdyż w opinii Odwołującego co najwyżej Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) Odwołujący wskazuje na obowiązek Zamawiającego wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w celu określenia, jakie materiały eksploatacyjne były przedmiotem dostaw wskazywanych przez Odwołującego na potrzeby wykazania warunku udziału w Postępowaniu określonego w pkt. VI. 1.1) SIWZ. Wezwanie powinno być precyzyjne i konkretne. Takie wezwanie w omawianym zakresie nie było wystosowane do Odwołującego, zatem nie doszłoby to do naruszenia wynikającej z orzecznictwa KIO zasady jednokrotności wezwania do uzupełnienia dokumentów w danym zakresie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

2. Zamawiający zamiast jednak zwrócić się do Odwołującego z konkretnym i precyzyjnym wezwaniem o uzupełnienie informacji o rodzaju dostarczanych materiałów eksploatacyjnych (choć w pierwszym rzędzie Odwołujący twierdzi, iż wystarczyło dokumenty w tym zakresie jedynie wyjaśnić), to wezwał o uzupełnienie JEDZ w części IV lit. C pkt. Ib). W konsekwencji

Odwołujący uzupełnił JEDZ powielając we wskazanym punkcie informacje, które Zamawiający już posiadał - wynikały one z referencji, wykazu dostaw i zobowiązania podmiotu trzeciego załączonych do oferty. Zaniechanie wezwania określonego w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w opisywanym zakresie skutkowało wadliwą decyzją o wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu jego oferty.

Zważywszy powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości.

W toku rozprawy odwołujący podtrzymał zarzuty i żądania odwołania wraz z zawartą w nim argumentacją.

Zauważył, że Zamawiający prowadzi postępowanie na podstawie przepisów ustawy w konkretnej sprawie i nie wiążą go instrukcje UZP mające charakter ogólny. Podtrzymał twierdzenie o wykazaniu spełniania warunków udziału już w złożonej ofercie, wraz z którą złożył także zobowiązanie o udostępnieniu wiedzy i doświadczenia przez podmiot trzeci wraz z zobowiązaniem tego podmiotu.

Stwierdził, że opis przedmiotu dostawy w dokumentach referencyjnych oraz JEDZ, a także biorąc pod uwagę treść zobowiązania podmiotu trzeciego, w kontekście przedmiotu zamówienia i sposobu opisu dostawy jest taki jak powszechnie stosowany w obrocie. W razie wątpliwości Zamawiający mógł i powinien był zażądać wyjaśnień jakiego rodzaju materiały eksploatacyjne były przedmiotem tych dostaw.

Zauważył z ostrożności, że art. 26 ust. 3 jak i art. 22a ust. 6 obowiązują Zamawiającego do ich stosowania w razie zaistnienia przesłanek w nich zawartych. Ocenił, że Zamawiający usiłuje nadmiernie formalizować czynności postępowania bez właściwych podstaw prawnych.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Wskazał na argumentację zawartą w rozstrzygnięciu o wyniku postępowania. Wskazał na określone w SIWZ warunki udziału w zakresie doświadczenia w dostawie materiałów eksploatacyjnych do urządzeń drukujących oraz wymóg złożenia na tę okoliczność poświadczenia w dokumencie JEDZ.

Stwierdził, że oświadczenie uzupełnione na wezwanie Zamawiającego (pisma z 28 listopada i doręczone 30 listopada Zamawiającemu) nie potwierdzały spełnienia wymaganych warunków udziału. Wskazał na utrwalony pogląd o jednokrotności wzywania do uzupełniania dokumentów w postępowaniu. Zauważył także, że zastosowanie art. 26 ust. 4 i żądanie

wyjaśnieni nie może prowadzić do tworzenia nowych treści niewynikających z istniejących dokumentów.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 22a ust. 6 stwierdził, że jego zastosowanie nie powinno prowadzić do obejścia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zauważył, iż nawet w razie uznania zaistnienia przesłanki zastosowania art. 22a ust. 6 jedna z 3 dostaw referencyjnych dotyczy bezpośrednio Odwołującego. Stwierdził także, iż w dokumencie podmiotu trzeciego (uzupełnionym) brak jest informacji o sposobie udostępnienia zasobu, co oznacza niewykazanie spełnienia warunków udziału przez wykonawcę, a poza tym niemożność zastosowania przepisu. Stwierdził, że wykonawcy mają wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw wykluczenia, a informacje w tym zakresie należy przedstawić w dokumencie JEDZ. Stwierdził, że wadliwe wypełnienie dokumentu nie jest bezpośrednio przesłanką wykluczenia z postępowania; podstawą wykluczenia jest niespełnienie warunków. Przypomniał, że jako Zamawiający będący centralnym organem administracji uznaje za poprawne sposób wypełnienia dokumentu w zgodzie z instrukcją Prezesa UZP.

Wskazał na obowiązującą formę dokumentu ofertowego jaką jest JEDZ. Wymagane informacje w tym dotyczące spełniania warunków udziału winny być zamieszczone w tym dokumencie. Z dokumentu JEDZ podmiotu trzeciego powinien także wynikać zakres i sposób udostępnienia zasobów. Niezależnie od powyższych wymogów stwierdził, iż z żadnego dokumentu złożonego przez Odwołującego nie wynika, jakiego rodzaju materiały eksploatacyjne były przedmiotem dostaw referencyjnych.

**Krajowa Izba Odwoławcza** po rozpatrzeniu sprawy na rozprawie z udziałem pełnomocników stron, uwzględniając stanowiska przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz dokumentów złożonych przez odwołującego w ofercie oraz na wezwanie zamawiającego zważyła, co następuje.

W celu potwierdzenia spełniania określonych postanowieniami siwz warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej zamawiający wymagał złożenia oświadczenia stanowiącego wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) wypełnionego w zakresie odpowiadającym wszelkim wymaganiom określonym w siwz. Wobec stwierdzenia braku oświadczeń w tym dokumencie potwierdzających spełnienie warunków, które powinny znaleźć się w części IV formularza

JEDZ „Kryteria kwalifikacji lit. C „zdolność techniczna i zawodowa pkt I b, zamawiający wezwał wykonawcę do przekazania kompletnego dokumentu JEDZ.

Jednocześnie zamawiający wskazał, że w sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, składa JEDZ dotyczący tych podmiotów.

Okoliczności powyższe zamawiający przedstawił w wezwaniu z dnia 28 listopada 2016 r. skierowanym do odwołującego ze wskazaniem, że niezbędne jest złożenie JEDZ dotyczącego podmiotu ABC Data S.A. z siedzibą w Warszawie w związku ze złożeniem wraz z ofertą dokumentu tego podmiotu – zobowiązana do udostępnienia zasobów.

W ocenie składu orzekającego zamawiający zasadnie wywnioskował na podstawie złożonego wraz z ofertą zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia odwołującemu zasobów, że wykonawca zamierza w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, skorzystać z zasobów tego podmiotu. Następnym takim stwierdzenia było wskazane powyżej wezwanie skierowane do odwołującego.

W wyniku wezwania odwołujący złożył dokument JEDZ jego dotyczący ze wskazaniem, że polega na zdolności innych podmiotów tj. „ABC Data – nasz dostawca” (cz. II C) oraz złożył dokument JEDZ podmiotu ABC Data S.A.

W tym ostatnim nie zostały wypełnione pola, czy podmiot spełnia wymagane kryteria kwalifikacji oraz pole przeznaczone na informacje dotycząc (cz. IV lit. C pkt 1b) „Zdolność techniczna i zawodowa”, gdzie należało przedstawić realizację dostaw określonego rodzaju ze wskazaniem kwot, dat i odbiorców.

Analiza przez skład orzekający treści omawianych dokumentów tj. zarówno złożonych z ofertą, jak i w wyniku wezwania zamawiającego, prowadzi do wniosku, że ustalony, pierwotnie przez wnioskowanie zamawiającego, a potwierdzony w kolejnym dokumencie JEDZ złożonym przez odwołującego, podmiot trzeci, na którego zasoby wykonawca się powołuje, nie potwierdził dysponowania niezbędnymi zasobami na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, że podmiot ten nie przedstawił udostępnianych zasobów co do zakresu oraz sposobu udostępnienia ani w dokumencie JEDZ, ani w innych złożonych z ofertą, w tym także w złożonym oświadczeniu – zobowiązaniu do udostępnienia /.../ z dnia 10 listopada 2016 r.

Stwierdzić należy, że w JEDZ wykonawcy wypełniona część dotycząca kwalifikacji technicznych nie mogła być brana pod uwagę dla ustalenia, że podmiot trzeci potwierdził własnym oświadczeniem, że jego kwalifikacje są odpowiednie. Ponadto przyznanie, iż Zamawiający prawidłowo i w sposób ostrożny oceniał dokumenty JEDZ biorąc pod uwagę również przedłożone dokumenty, te jednak nie miały decydującego znaczenia dla oceny, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega z tej przyczyny wykluczeniu. Zobowiązanie podmiotu trzeciego stanowiło jedynie potwierdzenie, że podmiot ten udostępnia swój potencjał, lecz nie zawierało ono jednoznacznego oświadczenia, że jego kwalifikacje spełniają warunek udziału w postępowaniu. Oświadczenie wykonawcy (wykaz dostaw) również nie ma, co oczywiste, waloru oświadczenia własnego podmiotu trzeciego. W oparciu o te oświadczenia, przy braku oświadczenia podmiotu ABC Data w treści JEDZ co do spełniania warunków udziału w postępowaniu (tej części w ogóle nie wypełniono, jak również nie wskazano referencyjnych usług), Zamawiający prawidłowo uznał, iż złożone oświadczenia nie potwierdzają kwalifikacji wymaganych dla tego postępowania, co powinno prowadzić do wezwania wykonawcy w trybie art. 22a ust. 6 ustawy pzp do "zastąpienia innym podmiotem" lub zobowiązania się do osobistego wykonania zamówienia i wykazania własnych kwalifikacji.

Dopiero wyczerpanie tej procedury czyni czynności zamawiającego kompletnymi. Należy przy tym zauważyć, iż inny jest skutek wezwań z art. 26 ust. 3 i art. 22a ust. 6 ustawy pzp. W tym ostatnim wypadku możliwa jest bowiem zmiana założonego pierwotnie sposobu wykazania spełnienia warunku. Dopiero po przeprowadzeniu tych czynności i ustaleniu, że ocena wstępna potwierdza spełnienie warunków udziału w postępowaniu, wykonawca może być wezwany do przedłożenia dokumentów. Stąd złożone pierwotnie wraz z ofertą dokumenty nie mogły zastępować oceny wstępnej dokonywanej na podstawie JEDZ, gdyż efektem wezwania w trybie art. 22a ust. 6 ustawy może być powołanie się na zupełnie inne dostawy niż te wskazane pierwotnie w wykazie załączonym na skutek własnej inwencji wykonawcy do oferty.

W analizowanym stanie sprawy, wobec przeprowadzenia przez zamawiającego procedury z art. 26 ust. 3 ustawy ze skutkiem w postaci stwierdzenia, że przedmiotowe zdolności techniczne podmiotu trzeciego nie pozwalają na stwierdzenie, iż wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, skład orzekający stwierdził, że zamawiający zobowiązany jest do ponowienia czynności badania i oceny oferty z zastosowaniem w ich toku procedury przewidzianej w art. 22a ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych. W związku z przedstawioną oceną, orzeczono, jak w sentencji.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy pzp, orzeczono jak w sentencji. O kosztach skład orzekający Izby orzekł na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:** .....

.....

.....