

Możliwość uzupełniania (zmiany) dokumentów przez Wykonawcę w świetle wyroku TSUE z dnia 04.05.2017 r. (C-387/14)

Teza wyroku TSUE C-387/14

Dnia 04.05.2017 roku Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej „TSUE”) wydał wyrok w sprawie C-387/14. Wyrok ten zawiera odpowiedź na tzw. pytanie prejudycjalne zadane przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej „KIO”) z związku ze sprawą toczącą się pod sygn. akt KIO 1240/14.

Streszczając pytania KIO wskazać należy, że dotyczyły one następujących kwestii:

Czy w świetle przepisów dyrektywy 2004/18 (tzw. dyrektywa klasyczna) dopuszczalne jest, aby wykonawca w ramach wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów mógł wskazać realizację (tj. wykonane dostawy) inne niż te, które wskazał w wykazie dostaw załączonym do oferty, a w szczególności czy może wskazać realizację innego podmiotu, na korzystanie z zasobów którego nie wskazywał w ofercie?

Czy w świetle zasady równego traktowania dopuszczalne jest, aby po terminie składania ofert (lub wniosków o dopuszczenie w przypadku postępowań dwuetapowych) zwrócić wykonawcy do przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków ubiegania się o zamówienia takich jak:

- które istniały przed upływem terminu składania ofert (wniosków) (i co da się obiektywnie ustalić), o ile w materiałach dotyczących zamówienia nie zawarto wyraźnego wymogu przedstawienia takich dokumentów pod rygorem wykluczenia kandydata (np. sprawozdanie finansowe, informacja z KRRK z datą sprzed składania ofert, dokumenty urzędowe, itp.),
- które nie istniały przed upływem terminu składania ofert (wniosków), ale które w sposób obiektywny mogą potwierdzić spełnienie warunku na datę składania ofert (np. referencja odnosząca się do inwestycji zrealizowanej przed upływem terminu składania ofert),
- inne dokumenty sporządzone przez wykonawcę podwykonawcę lub podmioty udostępniające zasoby, a które nie były przedstawione wraz z ofertą (np. oświadczenie o udostępnieniu zasobów) i co do których istnieje podejrzenie, że mogły być np. antydatowane lub przygotowane tylko i wyłącznie w celu uzupełnienia.

TSUE w wyroku z dnia 04.05.2017 r. udzielił na powyższe pytanie następującej odpowiedzi:

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.

Dotychczasowe stanowisko w sprawie uzupełniania dokumentów

Dotychczasowe stanowisko KIO w sprawie uzupełniania dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunków ubiegania się o zamówienie było dość jednoznaczne (poza nielicznymi przypadkami) i bardzo liberalne. KIO

zezwała na daleko idące uzupełnienia. W szczególności dopuszczalne było zastępowanie swoich zasobów innymi swoimi zasobami (czyli np. własnych pracowników innymi pracownikami, doświadczenia z inwestycji A na doświadczenie z inwestycji B). KIO nie widziała także przeciwskażeń z uzupełnieniem dokumentów poprzez wskazywanie, że korzysta się z zasobu podmiotu trzeciego, to jest np. zamiana własnej kadry na kadre udostępnioną, czy też własnego doświadczenia na doświadczenie podmiotu trzeciego, względnie zamianę jednego podmiotu udostępniającego zasoby na innego podmiotu. Jedynymi ograniczeniami było to aby nie zachodziła sprzeczność z oświadczeniem o realizacji zamówienia z udziałem podwykonawców oraz aby wszystkie uzupełnienia były skuteczne na dzień złożenia ofert.

Kontrowersje dotyczące Wyroku TSUE

W związku z tym, że wyrok TSUE opiera się na ogólnych zasadach rządzących udzielaniem zamówień publicznych (przejrzystości oraz równego traktowania wykonawców), na kanwie tego Wyroku TSUE pojawiły się głosy wśród praktyków, że wyrok ten stanowi rewolucję w zakresie możliwości uzupełniania ofert. Pojawiają się tezy tak daleko idące, że w praktyce nie jest możliwe wręcz żadne uzupełnianie dokumentów, których nie było w ofertach. W tym, że nie jest dopuszczalna:

- zmiana wskazanego potencjału osobowego i rzeczowego (np. wymiana osoby X na osobę Y),
- zmiana wykazu robót, usług czy też dostaw polegająca na wskazaniu zamiast np. dostawy A dla odbiorcy B, na dostawę C dla odbiorcy B,
- zmiana w postaci wykazywania się zasobem udostępnionym w przypadku gdy pierwotnie wykazywano się zasobem własnym, oraz zmiana podmiotów udostępniających np. X na Y,

Najbardziej skrajne poglądy wyrażały też wątpliwości co do możliwości uzupełnienia nawet takich dokumentów jak informacje z KRRK, US, ZUS choćby nawet posiadały odpowiednią datę.

Wątpliwości dotyczące stosowania Wyroku TSUE

Istnieją jednak bardzo poważne wątpliwości co do praktycznego stosowania Wyroku TSUE, szczególnie w zakresie tak daleko idącym jak wyżej przywołane głosy. Wynika to m.in. z kilku różnych okoliczności, a w szczególności takich jak to, że:

- Wyrok TSUE wydany został w oparciu o już nieobowiązującą dyrektywę,
- przepisy nowej dyrektywy oraz znowelizowane Pzp przepisy całkowicie zmieniają model oceny spełnienia warunków jak i terminy składania dokumentów na potrzeby tej oceny (tj. najpierw JEDZ, a same dokumenty jedynie w odniesieniu do wykonawcy z najkorzystniejszą ofertą),
- aktualne przepisy dyrektywy i Pzp wprost pozwalają na daleko idące uzupełnienia / zmiany, w tym w zakresie zmiany podmiotów udostępniających zasoby (tak art. 22a ust. 6 Pzp),

- uzasadnienie Wyroku TSUE jest dość ograniczone i odnosi się ono do konkretnej sytuacji (czyli zamiany doświadczenia własnego wykonawcy na doświadczenie od podmioty udostępniającego zasób nie wskazanego w ofercie),
- co do zasady Wyrok TSUE nie wiąże ani KIO, ani zamawiających.

Wątpliwości pogłębiają różne, często wzajemnie sprzeczne tezy dotyczące zastosowania Wyroku TSUE na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów, brak utrwalonego orzecznictwa KIO w tym zakresie, czy urzędowej interpretacji Prezesa UZP.

Stanowisko Kancelarii SKP

W ocenie Kancelarii SKP Wyrok TSUE będzie miał raczej ograniczone zastosowanie w praktyce. W szczególności:

- brak jest podstaw do tezy, że nie można uzupełniać takich dokumentów informacją z KRS, ZUS, US tj. poświadczających o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania,
- brak jest podstaw do zakazu „wymiany” swojego potencjału na inny swój potencjał (np. wskazanego w JEDZ i wykazie osób specjalisty A na specjalistę B lub też referencyjnej inwestycji A na inwestycję B); w tego rodzaju sprawie zapadł już zresztą wyrok KIO (KIO 1257/17), wg którego żaden przepis takiej zmiany (uzupełnienia) nie zakazuje.

Pewne wątpliwości budzi zmiana własnego zasobu na zasób podmiotu trzeciego, jak i zmiana poszczególnych podmiotów udostępniających zasoby,

- przepisy art. 22a ust. 6 Pzp (a także art. 63 dyrektywy) wprost pozwalają na wymianę zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci na zasób innego podmiotu trzeciego lub na zasób własny,
- największe wątpliwości budzi sytuacja nieuregulowana przepisami Pzp, w tym art. 22a ust. 6 Pzp, sytuacja gdy pierwotnie wykonawca powołuje się wyłącznie na swój zasób, a następnie wskutek jego zakwestionowania, powołuje się potencjał na udostępniony mu przez podmiot trzeci; tu w braku jednoznacznej regulacji teoretycznie możliwe jest zastosowanie Wyroku TSUE; niemniej jednak trudno znaleźć uzasadnienie dlaczego wykonawca pierwotnie opierający się jedynie na swoim potencjale ma być gorzej traktowany niż ten, który opiera się na

potencjale podmiotu trzeciego i dlatego jeden nich nie może dokonywać zmian / uzupełnień, a drugi takich ograniczeń nie ma; to różne traktowanie w podobnej sytuacji byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców, na którą to przecież powołuje się TSUE w Wyroku.

Dotychczas znikoma ilość spraw dotyczących tej problematyki została poddana pod rozstrzygnięcie KIO. Jeden z wyroków (przywołany wyżej KIO 1257/17) wskazuje na prawidłowość stanowiska Kancelarii SKP o braku stosowania tego wyroku w aktualnym stanie prawnym.

Niemniej jednak nie można wykluczyć, że praktyka, szczególnie orzecznictwo KIO będzie odmienna. Pokazuje to wyrok KIO z dnia 18.07.2017 r. (KIO 1380/17), w którym to w pełni zaaprobowano stosowanie Wyroku TSUE uznając, że zmiana podmiotu udostępniającego zasoby na inny podmiot udostępniający jest niedopuszczalna i to pomimo art. 22a ust. 6 Pzp. Szczegółowe motywy tego wyroku nie są jeszcze znane.

Rekomendacje SKP

Aktualna sytuacja związana z Wyrokiem TSUE i jego konsekwencjami dla praktyki stwarza niebezpieczeństwo skrajnie odmiennej oceny takiej samej sytuacji przez różnych zamawiających jak i składy KIO. Oznacza to, że część z nich może uznawać takie zmiany i uzupełnienia za niedozwoloną zmianę oferty i na tej podstawie wykluczać wykonawcę z postępowania, a część może uznawać to za dozwolone. Kancelaria SKP w swojej praktyce spotyka się z jednym jak i drugim stanowiskiem i odpowiednimi sprzecznymi działaniami zamawiających.

W związku z tym, do czasu ujednoczenia stanowiska w tej sprawie, zdecydowanie należy zalecić takie konstruowanie ofert i ich kompletowanie, aby potencjał wskazany w ofercie, w tym w dokumencie JEDZ nie musiał być zmieniany.

Nie można też wykluczyć tego, że przy kluczowych przetargach będzie możliwe kwestionowanie na tej podstawie ofert konkurencyjnych.

W najbliższym czasie spodziewana jest opinia Prezesa UZP dotycząca tego zagadnienia, a jak tylko się ukaże poinformujemy o tym Państwa. Istnieje szansa, że opinia ta ujednoczi aktualną sytuację i będzie wskazówką zarówno dla wykonawców, jak i zamawiających oraz składów KIO.



Tomasz Skoczyński radca prawny

partner zarządzający

Skoczyński Kolańczyk i Partnerzy Kancelaria Radców Prawnych

tomasz.skoczyński@skp-kancelaria.pl

kom. 605 18 18 20



www.skp-kancelaria.pl