

Sygn. akt VI Ga 60/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 marca 2017 r.

Sąd Okręgowy w Rzeszowie VI Wydział Gospodarczy

w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Anna Walus-Rzasa (spr.)

Sędziowie: SO Beata Hass- Kloc

SO Andrzej Borucki

Protokolant: st. sekretarz sądowy Magdalena Kamuda

po rozpoznaniu w dniu 7 marca 2017 r. w Rzeszowie

na rozprawie

z odwołania S. K.

z udziałem zamawiającego 34 (...) Oddział (...) w R.

o zamówienie publiczne

na skutek skargi wniesionej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w W. na postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 stycznia 2017 r., sygn. akt (...) w przedmiocie odrzucenia odwołania

I. zmienia zaskarżone postanowienie w całości w ten sposób, że :

a) w punkcie pierwszym oddala odwołanie ,

b) w punkcie drugim kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego S. K. ,

II. nie obciąża stron kosztami postępowania skargowego.

sygn. akt VI Ga 60/17

UZASADNIENIE

Wyroku z dnia 21 marca 2017 r.

Postanowieniem z dnia 5.01.2017 r. sygn.. akt (...) Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 5 stycznia 2017 r., w W. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2016 r. przez S. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi (...), ul. (...), (...)-(...) R. w postępowaniu prowadzonym przez 34 (...) Oddział (...) w R., ul. (...), (...)-(...) R. przy udziale wykonawcy S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Usługi (...), 36-106 T. 12 zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, postanowiła odrzucić odwołanie (pkt I) , kosztami postępowania obciążyć S. K. (pkt II).

W uzasadnieniu postanowienia wskazano, że zamawiający 34 (...) Oddział (...) w R. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo Zamówień Publicznych postępowanie o

udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wynajem zestawów niskopodłogowych wraz z kierowcą w krajowym transporcie drogowym /zamówienie z podziałem na 2 części/ Ogłoszenie zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.11.2016 r.

W dniu 27.12.2016 r. odwołujący S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi (...) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pn. Usługi (...), który podlegał wykluczeniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 24 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. .z2016r., poz. 1920 ze zm.) poprzez wybór przez Zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu,

- art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych poprzez jego niewłaściwe i zastosowanie i uznanie, że przedłożone przez Wykonawcę S. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Usługi (...) dokumenty na wezwanie Zamawiającego potwierdzały spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert - tj. na dzień 9 grudnia 2016r., w sytuacji gdy na Załącznikach nr U5B do SIWZ widnieje data 19 grudnia 2016 r.

Uzasadniając odrzucenie odwołania KIO wskazała, że istotą odwołania był zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, co nie mieści się w katalogu wskazanym w art. 180 ust. 2 pzp, stąd odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp.

Dalej KIO stanęła na stanowisku, że nie jest możliwym kwestionowanie zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana w ramach możliwości kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty. Przepis art. 180 ust. 2 pp ustanawia wyjątki w ramach których w ogóle dopuszczalne jest odwołanie do KIO od decyzji w sprawach poniżej tzw. progów unijnych i nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Dalej powołał się na wykładnię językową i dopuszczalność odwołania od samej czynności oraz wskazała, że możliwym jest kwestionowanie wyboru sensu stricto, przy uwzględnieniu pojęcia wyboru najkorzystniejszej oferty przy uwzględnieniu kryteriów oceny oferty z art. 2 pkt 5 pzp i definicji z art. 91 ust. 1 pzp. KIO stanęła na stanowisku, iż art. 180 ust. 2 pzp nie umożliwia zaskarżenia wszystkich zaniechań i czynności poprzedzających wybór najkorzystniejszej oferty. Dalej wskazano, że rozszerzająca interpretacja art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp prowadzi do wniosku o zbędności art.180 ust. 2 pkt 4 pzp. Charakter przesłanek art. 180 ust.2 miał charakter pozytywny i nie obejmuje zaniechań. KIO oparła argumenty także o analizę przepisu art. 11 ust. 8 pzp i zakresu dopuszczalności odwołań w sprawach o wartości równej lub wyższej niż wskazana w art. 11 ust. 8 pzp wskazywanych tam zaniechań zamawiającego oraz art. 181 ust. 1 pzp i uprawnienia wykonawcy co do zaniechań zamawiającego w postępowaniach poniżej progów unijnych. KIO dokonała także analizy zmian przepisu art. 184 ust. 1 pzp w kontekście wprowadzenia art. 180 ust. 2 pzp i zasady braku odwołań w postępowaniach poniżej progów unijnych i od tego wyjątków. Wskazał także na ewolucję i brzmienia przepisu art. 92 ust. 1 pzp. KIO wskazała także na wykładnię funkcjonalną i praktyczne konsekwencje wykładni rozszerzającej art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp.

Powyższe postanowienie zaskarżył skargą Prezes Krajowej Izby Odwoławczej. W sprawie swój udział w postępowaniu odwoławczym zgłosił po stronie zamawiającego S. B..

Skarżący zarzucił naruszenie:

- art. 180 ust. 2 pkt 6 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp poprzez błędną wykładnię polegającą a przyjęciu, iż zakres odwołania w postępowaniach o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty kreślone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp powoduje niemożność i przyjęcia, iż zaskarżeniu odwołaniem podlega wybór najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu, podczas gdy prawidłowa wykładnia ww. przepisów prowadzi do wniosku, iż zaskarżeniu odwołaniem w tych postępowaniach podlega niezgodny

przepisami ustawy Pzp wybór najkorzystniejszej oferty, którego wadliwość polega (l in. na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy, który taką ofertę złożył;

- art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp poprzez niewłaściwe zastosowanie w stanie faktycznym niniejszej sprawy i odrzucenie odwołania z powodu błędnego przyjęcia, iż odwołanie wniesione id czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który powinien być uprzednio wykluczony z udziału w postępowaniu, dotyczy innych okoliczności niż określone w katalogu z art. 180 ust. 2 ustawy pzp.

Wskazując na powyższe na podstawie art. 198c w zw. z art. 198f ust. 2 zd. 2 oraz art. 60 § 1 zd. 2 i 3 k.p.c. w zw. z art. 198b ust. 4 zd. 3 ustawy Pzp wniósł o zmianę zaskarżonego postanowienia w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez merytoryczne rozpoznanie odwołania wykonawcy S. K. prowadzącego działalność gospodarczą od nazwą Usługi (...) w R. oraz wniósł o rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego zgodnie z art. 192 ust. 10 wzw. z art. 198f ust. 5 in fine ustawy pzp i nieobciążanie żadnej ze stron kosztami postępowania skargowego (art. 102 k.p.c.).

W uzasadnieniu zakwestionował wąską interpretację przesłanek z art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp i podstaw do odrzucenia odwołania, przytaczając szeroką argumentację z powołaniem się na orzecznictwo na poparcie zgłoszonych zarzutów.

W odpowiedzi na skargę zamawiający wniósł o utrzymanie w mocy zaskarżonego postanowienia KIO, a w przypadku uwzględnienia skargi i merytorycznego rozpoznania odwołania S. K. o jego oddalenie. W uzasadnieniu zamawiający przytoczył argumenty na poparcie stanowiska.

W zakresie merytorycznego rozpoznania sprawy wywiódł argumenty na poparcie daty dokumentów na dzień ich złożenia po wezwaniu wskazując m.in. na obecne brzmienie art. 26 ust. 3 pzp jak też art. 26 ust. 1 i 2 pzp akcentując przy tym na różnicę treści ustawy Prawo Zamówień Publicznych sprzed i po nowelizacji na datę 28.07.2016 r.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Skarga zasługiwała na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 180 ust. 2 pks w zw. z art. 7 ust. 3 pzp oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp okazał się uzasadniony.

W sprawie znajdują zastosowanie przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020), która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 r., a to z uwagi na datę ogłoszenia zamówienia w Biuletynie.

Stosownie do art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp zgodnie z którym jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie zaś z art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp Izba odrzuca odwołanie jeśli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2.

Krajowa Izba Odwoławcza postanowieniem z dnia 5.01.2017 r. (...) odrzuciła odwołanie S. K. , wskazując iż istotą odwołania był zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy , którego oferta została uznana za najkorzystniejszą , co nie mieści się w katalogu art. 180 ust. 2 pzp, stając na stanowisku, iż w związku z możliwością kwestionowania wyboru najkorzystniejszej oferty nie jest zarazem możliwe kwestionowanie zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego oferta została wybrana.

W przedmiotowej sprawie przedmiotem odwołania nie jest samo zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta ostatecznie została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący bez wątplenia kwestionuje czynność zamawiającego

polegającą na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który podlegał wykluczeniu. Przepis art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp podlega zaś wykładni językowej, funkcjonalnej i celowościowej.

W zakresie argumentów i relacji art. 180 ust. 2 pkt 4 i 6 pzp Sąd Okręgowy także podzielona stanowisko wyrażone w judykaturze, a to że czynności o których mowa w art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, są formalnie czynnościami odrębnymi od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w przypadku, o którym mowa w art. 180 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp. Czynności te są zaskarżalne. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego mają zatem prawo do zaskarżania w postępowaniach podprogowych czynności, które wprost uniemożliwiają im uzyskanie zamówienia publicznego, takich jak wykluczenie wykonawcy z postępowania, odrzucenie jego oferty.

Uniemożliwia pozyskanie zamówienia przez oferenta także sytuacja gdy jego oferta nie została odrzucona, oferent nie podlegał wykluczeniu, jednak na skutek wadliwych czynności zamawiającego wybrano ofertę wykonawcy, który takiemu wykluczeniu podlegał. Sąd miał na uwadze, że ustawodawca nie wskazał wprost, jako odrębnie wyartykułowanej w oddzielnym punkcie art. 180 ust. 2 ustawy Pzp przesłanki "zaniechania" odrzucenia oferty sprzecznej z przepisami ustawy. Jednakże Sąd miał na uwadze, że celem projektu ustawy nowelizacyjnej było rozszerzenie możliwości wnoszenia odwołań w postępowaniach dotyczących zamówień tzw. podprogowych. Nie inaczej należy bowiem ocenić uzupełnienie możliwości wniesienia odwołań przez strony postępowania o kolejne dwie przesłanki /por.: wyrok z dnia 22.12.2016 r. SO w Szczecinie, sygn. akt II Ca 1461/16/.

W ocenie Sądu nie jest w sprawie przesądzającym, w zakresie ustalenia zakresu przesłanki „czynności wyboru najkorzystniejszej oferty” poprzestanie na wąskim jego rozumieniu, poprzez odwołanie się do definicji ustawowej pojęcia najkorzystniejszej oferty w rozumieniu art. 2 pkt 5 i art. 91 ust. 1 ustawy pzp. Sąd podziela stanowisko prezentowane w orzecznictwie, a to iż wykładnia dokonana w ten sposób nie uwzględnia celu ustawy jakim jest wyłonienie wykonawcy, który złożył najkorzystniejszą ofertę odpowiadającą wymaganiom zamawiającego opisanym w specyfikacji, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a także który daje rękojmię należytego wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Dokonanie wykładni językowej ograniczonej do pojęcia "najkorzystniejszej oferty" nie bierze pod uwagę szeregu czynności prowadzących do wyboru tej oferty. Wykładnia językowa jak i celowościowa nie daje podstaw do wartościowania podstaw do wyboru oferty najkorzystniejszej /por. wyrok z dnia 21.12.2016 r. SO w Lublinie, sygn. akt IX Ga 502/16, wyrok z dnia 22.12.2016 r. SO w Szczecinie, sygn. akt II Ca 1461/16/. Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jest czynnością złożoną obejmującą badanie ofert pod kątem braku podstaw do ich odrzucenia, w tym okoliczności wskazanej w art. 89 ust. 1 pkt 5 p.z.p. (wykluczenie wykonawcy), ocenę ofert niepodlegających odrzuceniu i wskazanie oferty najkorzystniejszej po wezwaniu do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających ostatecznie okoliczności wymienione w art. 25 ust. 1 p.z.p. Jest oparta na wzajemnie powiązanych i nierozłącznych czynnościach, które mają potwierdzić ważność złożonych ofert i wyłonić ofertę najkorzystniejszą spośród ofert niepodlegających odrzuceniu. Widać to szczególnie w brzmieniu przepisu art. 24aa p.z.p. W świetle przepisu art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p., który brzmi: „Jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności (...) wyboru najkorzystniejszej oferty”, są zatem uprawnieni do podważenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej przez wskazanie wszystkich okoliczności, które sprawiły, że oferta wybrana jako najkorzystniejsza taką ofertą nie jest. /Karkoszka Piotr, Odwołanie od wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o wartości podprogowej/. Wyborowi jako najkorzystniejszej oferty poświęcony jest rozdział 4 pzp, na który to proces składa się szereg czynności i zachowania zamawiającego. Przy ocenie wyboru ofert najkorzystniejszej nie można zatem pominąć ewentualnych wadliwości, w razie wyeliminowania których, nie doszłoby do wyboru tej właśnie oferty jako najkorzystniejszej. Uzasadniając odwołanie odwołujący winien wskazać konkretne zachowania zamawiającego, które kwestionuje, a które doprowadziły do wyboru najkorzystniejszej oferty, co w sprawie miało właśnie miejsce. Przepis art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp nie zawęża też zakresu dopuszczalnego zaskarżenia w ramach tej podstawy do konkretnych zdarzeń leżących u podstaw kwestionowanej decyzji, nie ograniczając poprzez wskazanie ich katalogu, przyczyn prowadzących w efekcie do wyboru najkorzystniejszej oferty, które wyłącznie mogłyby być kwestionowane w ramach tej podstawy odwołania.

Innymi słowy u podstaw decyzji wyboru najkorzystniejszej oferty może leżeć zdarzenie niezgodne z prawem, w tym polegające na zaniechaniu wykluczeniu wykonawcy, pomimo przesłanek ku temu.

W konsekwencji należało uznać, że zarzut naruszenia art. 180 ust. 2 pkt 6 pzp i art. 189 ust. 2 pkt 6 pzp był zasadnym.

Powyższe skutkowało koniecznością rozpoznawania odwołania co do meritum w oparciu o art. 198 f ust. 2 pzp stosownie do którego w przypadku uwzględnienia skargi sąd zmienia zaskarżone orzeczenie i orzeka wyrokiem co do istoty sprawy, a w pozostałych sprawach wydaje postanowienie. Przepisy art. 192-195 stosuje się odpowiednio. Przepisu art. 386 § 4 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego nie stosuje się.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp i art. 26 ust. 3 pzp

Sąd Okręgowy miał na uwadze, iż Izba za podstawę orzekania może wziąć tylko te zarzuty, które zostały podniesione w odwołaniu. /art. 192 ust. 7 pzp/. Przy czym o treści zarzutu nie przesądza wyłącznie wskazanie lub nie samego przepisu – podstawy prawnej, jako, że zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej. O zarzucie odwołania decydują zatem także przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne i opis popełnionych nieprawidłowości.

Sprawa dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Wynajem zestawów niskopodwoziowych wraz z kierowcą w krajowym transporcie drogowym (zamówienie z podziałem na 2 części).

Odwołujący się zarzucił, iż zgodnie z rozdz. VIII pkt 6 SIWZ wykonawca, który powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego winien udowodnić, że będzie dysponował zasobami tego podmiotu, a to załączając do oferty załącznik 5A lub/i 5B do SIWZ. Zarzut sprowadzał się do zakwestionowania daty, a to późniejszej niż dzień składania ofert, jaką zaopatrzone było zobowiązanie podmiotu trzeciego, na którego zasoby powoływał się wykonawca, przedłożone po wezwaniu wykonawcy przez zamawiającego do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 pzp, co skutkowało nieuzasadnionym brakiem wykluczenia tego wykonawcy z w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp. Stosownie bowiem do art. 24 ust.1 pkt 12 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowej sprawie postępowanie toczyło się w trybie procedury odwróconej z art. 24aa p.z.p, w ramach której dochodzi do odwrócenia kolejności weryfikacji – najpierw ocena ofert potem weryfikacja podmiotowa. Oznacza to, że kolejne czynności podejmowane przez zamawiającego koncentrują się na weryfikacji ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ. Zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców. Oceny, czy oferta która została uznana za najkorzystniejszą nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu przeprowadza się w drugiej kolejności i tylko w stosunku do tego wykonawcy.

W przedmiotowej sprawie zamawiający oceniwszy ofertę wykonawcy Usługi (...) jako najkorzystniejszą. Następnie wezwał w trybie art. 26 ust. 3 pzp wykonawcę do złożenia zobowiązania podmiotu trzeciego na którego zasoby powoływał się wykonawca, do udostępnienia tych zasobów. Stosownie bowiem do art. 22 a pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych (ust. 1). Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić 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 (ust. 2).

Oceniając zarzuty odwołania należy mieć na uwadze znaczącą kwestię, a to istotę nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych dokonaną ustawą z dnia 22.06.2016 r. implementującą przepisy dyrektywy 214/24/UE z dnia 26.02.2014 r., a którą zmieniono dotychczasowe przepisy pzp uznawane za zbyt mało elastyczne i niedostosowane do realiów społeczno - gospodarczych. Poprzednie obowiązujące przepisy wprowadzały zbytni

formalizm, utrudniający wykonawcom dostęp do zamówień publicznych. Nowelizacja odmieniła instytucję żądania dokumentów, uelastyczniając ją oraz zmniejszając stopień formalizmu.

Odnosnie dat na które wykonawca miał wykazać spełnienie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1, w tym spełnienia warunków udziału w postępowaniu (do której to kategorii zalicza się zobowiązanie do oddania zasobów przez podmiot trzeci) i braku podstaw do wykluczenia z powodu braku spełnienia warunków o których mowa w art. 24 ust. 12 pzp wykonawca rzeczywiście przed dniem 28.07.2016 r. obowiązany posiadać dokumenty, które datowane były właśnie najpóźniej na dzień składania ofert. Powyższe przewidywał art. 26 ust. 2 a pzp, uchylony właśnie w/w nowelizacją. Nie może ująć uwadze okoliczność znowelizowania w powyższym duchu także zaskarżonego przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Jak na to wskazał także zamawiający przepis ten, pozwalający na uzupełnienie ofert w uprzednim brzmieniu wymagał, aby złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty potwierdzały spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania wniosków do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Przepis ten w obecnym brzmieniu nie przewiduje takiego wymogu.

Kolejną zmianą było oddanie z dniem 28.07.2016 r. przewidzianej w art. 24 aa pzp, w oparciu o którą toczyło się sporne w sprawie postępowanie, i przy której interpretacji także należy uwzględnić w/w zmiany i ich cel. Nowelizacja w tym zakresie stanowi implementację orzecznictwa TSUE – m.in. wyroku z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych (C-226/04) i (C-228/04), La Cascina Soc. coop. arl i Zilch Srl v. Ministero della Difesa i inni (C-226/04) i Consorzio G. f. M. v. Ministero della Difesa i La Cascina Soc. coop. arl (C-228/04) – do porządku prawnego. W wyroku tym TSUE wskazał na możliwość późniejszego, niż w terminie składania ofert, potwierdzenia braku podstaw do wykluczenia. Wprowadzono zatem regulację, zgodnie z którą zamawiający, w przetargu nieograniczonym, może dokonać oceny ofert na podstawie oświadczenia samego wykonawcy, a następnie zweryfikować w zakresie podmiotowym tylko tego jednego wykonawcę / por. Mateusz Brzeziński, Żądanie dokumentów w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, LEX/. Przyjmując zaś, że zobowiązanie podmiotu trzeciego udzielającego swojego potencjału, stanowi punkt wyjścia do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, zważywszy, że tę okoliczność zamawiający bada i weryfikuje w ramach postępowania odwróconego dopiero w drugiej kolejności, to także ten fakt przemawia za stanowiskiem, iż nie jest koniecznym, aby zobowiązanie takiego nosiło datę nie późniejszą niż dzień składania ofert, jak tego chciał odwołujący.

Zmiana dotyczyła także przepisu art. 26 ust. 1 i 2 pzp stanowiącego po dacie 28.07.2016 r. podstawę wezwania przez zamawiającego wykonawcy, którego ofertę oceniono najwyżej do złożenia w terminie wyznaczonym dokumentów - aktualnych właśnie na datę ich złożenia.

Reasumując, Sąd Okręgowy przedmiotową skargę oddalił jako bezzasadną, na podstawie art. 198 f ust. 2 zd. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W przedmiocie kosztów Sąd orzekł na podstawie art. 198 f ust. 5 ww. ustawy.