

WYROK
z dnia 22 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 listopada 2018 r. przez wykonawcę: **Taurus Ochrona Group Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 13, 87-140 Chełmża** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki Sp. z o.o., Al. Solidarności 1-3, 87-100 Toruń,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., ul. Jana Kazimierza 55, 01-267 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: powtórzenie czynności badania i oceny oferty złożonej przez wykonawcę Taurus Ochrona Group Sp. z o.o., w tym wezwanie ww. wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu – wykaz osób (załącznik 7 do SIWZ) - wymaganego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki Sp. z o.o., Al. Solidarności 1-3, 87-100 Toruń, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Taurus Ochrona Group Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 13, 87-140 Chełmża** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki Sp. z o.o., Al. Solidarności 1-3, 87-100 Toruń** na rzecz wykonawcy: **Taurus Ochrona Group Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 13, 87-140 Chełmża** stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Toruniu**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Centrum Kulturalno-Kongresowe Jordanki sp. z o.o. w Toruniu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „usługę ochrony fizycznej Centrum Kulturalno - Kongresowego Jordanki w Toruniu na rok 2019”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 16.10.2018 r. pod numerem 637206-N-2018.

Wykonawca Taurus Ochrona Group Sp. z o.o., ul. Piotra Skargi 13 87-140 Chełmża wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Zarzucił naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986), zwanej dalej „Pzp”:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, przez jego zastosowanie mimo braku faktycznych podstaw,
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp (ewentualnie art. 26 ust. 2), przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub udzielania wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) art. 26 ust. 4 Pzp, przez zaniechanie zastosowania tego przepisu,
- 4) art. 7 ust. 3 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania Odwołującego do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia, lub udzielania wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
- 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Przedmiotem zamówienia jest pełnienie usług ochrony fizycznej osób i mienia w budynku Centrum Kulturalno-Kongresowego Jordanki w Toruniu.

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt. 1.2.c.2 SIWZ, o udzielenie zamówienia mógł się ubiegać wykonawca, który w ramach wskazanych zdolności technicznych lub zawodowych wykazał, że dysponuje lub będzie dysponować: minimum 15 osobami wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, komunikatywnie posługującymi się językiem angielskim.

W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający żądał złożenia „wykazu osób, skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami.” (Rozdział VIII p. 5.C.I.d SIWZ). Zamawiający zaznaczył w SIWZ, że dokumenty te wykonawca winien złożyć na wezwanie Zamawiającego. Wzór wykazu osób został sformułowany w SIWZ w formie Załącznika nr 7.

Odwołujący złożył ofertę na wykonanie zamówienia, przy czym wraz z ofertą złożył dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu – wykaz osób.

W dniu 7 listopada 2018 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty. W ocenie Odwołującego, działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty nie jest zgodne z przepisami Pzp. Odrzucenie oferty Odwołującego bez wezwania do uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów stanowi bowiem naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 (ewentualnie również z art. 26 ust. 2) Pzp, a w dalszej kolejności art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

O ile pewne rozbieżności w doktrynie i orzecznictwie wywołuje skorzystanie przez Zamawiającego w takim wypadku z art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp, o tyle nie ma żadnych wątpliwości, że jeśli złożony samodzielnie (bez wezwania Zamawiającego) przez wykonawcę dokument będzie błędny (tj. nie będzie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu) Zamawiający powinien z pewnością skorzystać z art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp.

Wątpliwości powyższe pojawiają się na tle naruszenia zasady jednokrotnego wzywania do uzupełnienia dokumentów. W przypadku samodzielnego złożenia dokumentów przez wykonawcę nie wiadomo, czy wykonawca niejako samodzielnie „wyczerpał” wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2, czy też nie. A w związku z tym rodzi się pytanie, czy Zamawiający powinien najpierw wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2, a dopiero w przypadku nie złożenia tych dokumentów lub złożenia dokumentów, które nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skorzystać z art. 26 ust. 3 lub 4, czy powinien wówczas z pominięciem art. 26 ust. 1 lub 2 od razu skorzystać z art. 26 ust. 3 lub 4.

W przedmiotowym przypadku powyższe wątpliwości nie mogą mieć miejsca, bowiem Zamawiający w ogóle nie wezwał wykonawcy do złożenia uzupełnienia/wyjaśnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Odwołującego, stanowi to naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 (ewentualnie również z art. 26 ust. 2) Pzp. Wykonawca nie otrzymał szansy wyjaśnienia/uzupełnienia złożonych z ofertą dokumentów, a Zamawiający przyjął od razu, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu kwestia spełnienia warunku wymagała co najmniej wyjaśnienia. Zamawiający żądał dysponowania 15 osobami wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, komunikatywnie posługującymi się językiem angielskim. Odwołujący rzeczywiście w wykazie osób załączonym do oferty, sporządzonym na podstawie Załącznika nr 7 do SIWZ, nie wskazał wyraźnie, że przedstawione przez niego osoby komunikatywnie posługują się językiem angielskim. Z drugiej strony Odwołujący złożył wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 do SIWZ). Ponadto, wzór wykazu osób opracowany przez Zamawiającego nie wskazywał jednoznacznie miejsca, w którym wykonawca winien określić umiejętności językowe osób skierowanych do wykonania zamówienia. Odwołujący przy każdej ze wskazanych osób wpisał zwrot: „kwalifikowany pracownik ochrony”. Wobec złożonego przez Odwołującego oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu kwestia ta wymagała co najmniej wyjaśnienia przez Zamawiającego.

W zakresie stosowania art. 26 ust. 4 Pzp, Odwołujący przytoczył orzecznictwo KIO: wyrok KIO z dnia 9 marca 2017 r. (KIO 345/17; LEX nr 2258066) oraz wyrok KIO z dnia 28 lutego 2018 r. (KIO 291/18, LEX nr 2505300).

Odwołujący wskazał dodatkowo, że w listopadzie 2016 r. Zamawiający prowadził identyczne postępowanie z tożsamymi warunkami określonymi w SIWZ, w tym załącznikiem nr 7 (wykaz osób). Odwołujący wypełnił go wówczas

analogicznie, jak w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający bez wezwania Odwołującego do wyjaśnień/uzupełnienia dokumentów dokonał wówczas wyboru jego oferty. Powyższe dobitnie wskazuje na całkowitą uznaniowość w poczynaniach Zamawiającego, co narusza zasady określone w art. 7 ust. 1 Pzp.

Niezależnie od powyższego, Odwołujący podkreślił, że złożone w ofercie oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu jest prawdziwe. Wskazane w wykazie osób osoby znają język angielski w stopniu komunikatywnym, a brak wyraźnej wzmianki o tym fakcie w załączonym do oferty wykazie osób jest jedynie przeoczeniem, do którego przyczynił się również sam Zamawiający, nie wskazując wyraźnie w opracowanym wzorze miejsca do takiej wzmianki, a także nie żądając takiej wzmianki w postępowaniu prowadzonym w 2016 r.

Zamawiający naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp, bowiem odrzucił ofertę Odwołującego, która była zgodna z przedmiotem zamówienia opisanym w SIWZ.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

Pismem z dnia 21 listopada 2018 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że określenie „kwalifikowany pracownik ochrony” oznacza, że dana osoba jest wpisana na listę kwalifikowanych pracowników ochrony w myśl przepisów ustawy z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia. Wymogi uzyskania wpisu nie obejmują znajomości języków obcych. Określony w SIWZ warunek udziału w postępowaniu obejmował zatem dwa odrębne elementy w zakresie kwalifikacji osób skierowanych do realizacji zamówienia. W ocenie Zamawiającego, konstrukcja załącznika nr 7 nie pozostawiała wątpliwości, że kwalifikacje pracowników, w tym znajomości języka angielskiego w stopniu komunikatywnym należało opisać w rubryce opisanej jako „kwalifikacje zawodowe”. Brak oświadczenia w tym zakresie należało ocenić jako niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający zauważył przy tym, że konstrukcja warunku w pewnym stopniu narzucała przymiot oferowanej usługi, wobec czego również z tych względów nie było możliwe skorzystanie z procedury art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp.

Na poparcie swojego stanowiska Zamawiający przywołał orzecznictwo TSUE (wyrok z dnia 4 maja 2017 r. C-387/14 w sprawie Esaprojekt sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie, wyrok z dnia 10 października 2013 r. C-336/12 w sprawie Ministeriet for Forsking, Innovation og Voderregaende Uddannelser v. Mannova A/S) oraz orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 29 maja 2017 r. sygn. akt KIO 912/17, wyrok z dnia 30 kwietnia 2018 r. sygn. akt KIO 504/18.)

Z powyższych względów, w ocenie Zamawiającego, nie do przyjęcia jest stanowisko Odwołującego, że brak wyraźnej wzmianki o posiadaniu przez pracowników ujętych w wykazie umiejętności posługiwania się językiem angielskim w stopniu komunikatywnym był „jedynie przeoczeniem”. Zamawiający podniósł także, że nieuzasadnione jest porównywanie obecnego postępowania z postępowaniem prowadzonym w 2016 r.

Zamawiający stwierdził, że powodem, dla którego wystosowanie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp nie było zasadne, jest zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która ma zastosowanie we wszystkich trybach postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Konsalnet Ochrona Sp. z o.o., Konsalnet Security Sp. z o.o. skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na brak podstaw prawnych i faktycznych do jego zastosowania.

Potwierdził się także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu osób – dokumentu złożonego przez Odwołującego wraz z ofertą oraz zaniechania wezwania do uzupełnienia wykazu osób na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Stan faktyczny w niniejszej sprawie nie budził wątpliwości i nie stanowił kwestii spornej pomiędzy stronami.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział VII Warunki udziału w postępowaniu ust. 1 lit. c) zdolności techniczne lub zawodowe pkt 2, wykonawca był zobowiązany wykazać, że dysponuje lub będzie dysponować minimum 15 osobami

wpisanymi na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej, komunikatywnie posługującymi się językiem angielskim.

Zamawiający wymagał dla potwierdzenia tego warunku złożenia wg określonego wzoru (załącznik nr 7) wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, uprawnień doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania przedmiotu zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami. Konstrukcja załącznika nr 7 nie pozostawia wątpliwości, że kwalifikacje pracowników, w tym - znajomości języka angielskiego w stopniu komunikatywnym - należało przedstawić w rubryce opisanej jako „kwalifikacje zawodowe”.

Z dokumentu złożonego przez Taurus Ochrona Group sp. z o.o. wraz z ofertą (bez wezwania Zamawiającego) – wykazu osób - wynika, że Odwołujący nie zawarł w wykazie informacji na temat umiejętności posługiwania się przez wskazane osoby językiem angielskim w stopniu komunikatywnym.

W ocenie Izby, Zamawiający błędnie uznał, że dokument złożony przez Odwołującego wraz z ofertą – wykaz osób skierowanych do realizacji zamówienia nie podlega wyjaśnieniu oraz uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Fakt, że wykonawca złożył wykaz osób wraz z ofertą, bez wezwania ze strony Zamawiającego, nie powoduje, że wykonawca traci uprawnienie do uzupełnienia tego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, jeśli dokument zawiera braki, błędy lub inne wady, powodujące, że nie potwierdza on spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zasada jednokrotnego uzupełniania dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, w równym stopniu ma zastosowanie, niezależnie od tego, czy dokument zawierający błędy został złożony samodzielnie przez wykonawcę, czy też na wezwanie wystosowane przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp.

W omawianym zakresie Zamawiający powołał się w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego na orzeczenie KIO z dnia 20 lutego 2015 r., sygn. akt KIO 242/15, które zapadło w odniesieniu do całkowicie odmiennego stanu faktycznego. Stanowisko odnośnie braku możliwości wezwania do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zostało sformułowane przez Izbę w tym orzeczeniu w odniesieniu do dokumentu wymaganego dla celów selekcji wykonawców (w celu podwyższenia punktacji w zakresie spełniania określonych warunków) w przetargu ograniczonym. Pomiedzy stanem faktycznym w tamtej sprawie oraz stanem faktycznym w niniejszej sprawie nie ma jakiegokolwiek analogii lub choćby podobieństwa.

Odnosząc się do decyzji Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, należy wskazać, że nieuprawnione jest zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i odrzucenie oferty w przypadku, gdy nie zostało wykazane przez wykonawcę spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu skutkuje wykluczeniem wykonawcy z postępowania, a złożoną przez niego ofertę uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 24 ust. 4 Pzp). W niniejszej sprawie Zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił odrzucenia oferty Odwołującego, nie wskazał żadnych okoliczności na potwierdzenie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Na marginesie tylko Izba wskazuje, że sam fakt złożenia wraz z ofertą przez wykonawcę dokumentu, który miał być złożony dopiero na wezwanie w trybie art. 26 ust. 2 Pzp, nie stanowi niezgodności treści oferty z SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jest to jedynie niezgodność formalna, która nie ma wpływu na merytoryczną treść oferty.

Kwestię wezwania do uzupełniania dokumentów reguluje art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z tym przepisem, jeśli wykonawca nie złożył wymaganych przepisami oświadczeń lub dokumentów, lub są one niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień. Wskazuje też termin na uzupełnienie braków. Tego mechanizmu nie stosuje się, jeśli mimo tych uzupełnień i poprawek oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Odnosząc się do orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przytoczonych przez Zamawiającego, w szczególności wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r. (C-387/14, Esapjekt sp. z o.o. v. Województwo Łódzkie), Izba wskazuje, że Trybunał orzekł w tym wyroku, że art. 51 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu składania 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. Powyższe stanowisko nie jest kwestionowane w orzecznictwie KIO. W świetle zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zasady niezmienności oferty złożonej w postępowaniu, zasady przejrzystości postępowania, itd., uzupełnienie dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie może prowadzić do istotnej zmiany okoliczności, na które

powołuje się wykonawca pierwotnie przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności jeżeli wykonawca oświadczył, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu to nie może na etapie wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów powołać się na potencjał podmiotu trzeciego. Podkreślić należy, że Trybunał nie zakwestionował uprawnień wykonawcy do uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Podobnie też w orzeczeniu TSUE z dnia 10 października 2013 r. (C-336/12, Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser v. Manova A/S) Trybunał uznał, że „Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem, że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdania finansowe, co do których można obiektywnie ustalić, że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń”.

Odnosząc powyższe do stanu faktycznego w niniejszej sprawie, należy podkreślić, że uzupełnienie wykazu osób o informacje dotyczące kwalifikacji tych osób nie stanowi istotnej zmiany okoliczności przedstawionych przez Odwołującego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jeśli uzupełnienie nie prowadzi do zmiany listy osób, wskazanych w wykazie. Według oświadczenia Odwołującego, wszystkie wskazane osoby spełniają wymóg znajomości języka angielskiego w stopniu komunikatywnym.

W ocenie Izby, dokument wymagany w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, złożony samodzielnie przez wykonawcę (bez wezwania zamawiającego) powinien podlegać w pierwszej kolejności wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Aby móc dokonać oceny tego dokumentu w postępowaniu Zamawiający powinien uzyskać od wykonawcy potwierdzenie, że dany dokument został złożony w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, a nie np. omyłkowo. W przypadku uzyskania takiego potwierdzenia Zamawiający nie musi już wzywać wykonawcy do złożenia tego dokumentu w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp, ale może dokonać jego oceny, stosownie do wymagań określonych w SIWZ. Jeżeli na etapie oceny okaże się, że taki dokument zawiera błędy lub braki, to Zamawiający ma obowiązek wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganego dokumentu, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp.

Podkreślić należy, że w świetle art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca, który złożył wymagany dokument samodzielnie (bez wezwania) nie może być w gorszej sytuacji niż wykonawca, który w ogóle takiego dokumentu nie złoży, albo złoży na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp dokument zawierający błędy lub braki. Byłoby to działanie dyskryminujące w świetle zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, określonych w art. 7 ust. 1 Pzp, w tym przede wszystkim zasady zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający miał obowiązek zatem ustalić w pierwszej kolejności, czy dokument – wykaz osób – został złożony przez Odwołującego wraz z ofertą w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Następnie powinien poddać ten dokument ocenie, uwzględniając fakt, że Odwołujący złożył w ofercie niebudzące wątpliwości oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu (według wzoru stanowiącego Załącznik nr 3 od SIWZ). Wobec ustalenia, że wykaz osób nie zawiera informacji o kwalifikacjach osób w zakresie znajomości języka angielskiego w stopniu komunikatywnym, tj. obarczony jest brakiem wymaganej informacji, Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia lub wyjaśnienia ww. dokumentu stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, a odrzucenie oferty - naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. W konsekwencji nieprawidłowych czynności i zaniechań Zamawiającego doszło do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia bez zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku

w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów

w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

.....