

**WYROK**  
**z dnia 3 kwietnia 2017 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Aneta Górniak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2017 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 marca 2017 roku przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: **(1) G.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. „F-G.” G.K. (lider); (2) D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. „D.” D.K. (partner); (3) T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. T.K. (partner); z siedzibą dla Lidera w S.,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo P., z siedzibą w P.ie-Z**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnastu tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 840,00 zł (słownie: trzy tysiące osiemset czterdzieści złotych 10/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz z tytułu dojazdu przedstawiciela na wyznaczoną rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego

1

---

doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Koszalinie**

**Przewodniczący:**

2

**UTZASADNIENIE**

W dniu 13 marca 2017 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2015 r., poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) G.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. „F-G.” G.K. (lider); (2) D.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W. „D.” D.K. (partner); (3) T.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Z.U.L. T.K.; z siedzibą dla Lidera w S. (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wykonywanie usług z zakresu gospodarki leśnej na terenie Nadleśnictwa P. w 2017 roku” prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego Zamawiający - Skarb Państwa - Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo P. z siedzibą w P.ie-Z. Wartość przedmiotu zamówienia przekracza równowartość kwot, o których mowa w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Zamówienie podzielono na trzy części (pakiety). Odwołanie dotyczy pakietu nr 3 i 4.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem

Zamawiający bezzasadnie wykluczył go z postępowania w zakresie pakietu nr 3 i 4, a następnie odrzucił jego ofertę. Gdyby Zamawiający przeprowadził postępowanie w należyty sposób, Odwołujący złożyłby dokumenty potwierdzające spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu i uzyskałby przedmiotowe zamówienie - Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą spośród wszystkich ofert złożonych w ramach pakietu nr 3 i 4. Szkodą jest utracony zysk w wyniku nie uzyskania zamówienia. Jednocześnie Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, ponieważ poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poprzez bezzasadne zatrzymanie wniesionego wadium.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z 26 ust. 3 i 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezwzględne potraktowanie Odwołującego, nieuwzględnienie specyfiki zamówienia oraz wykonawców i formalne wykluczenie Odwołującego, pomimo, że złożył on Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia w odpowiedzi na bardzo krótki wyznaczony termin ich uzupełnienia, które mogły dać Zamawiającemu podstawę do dalszych wyjaśnień, względnie uzupełnienia,
- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia

3

---

i niemożliwienie wykazania się spełnianiem warunków w postępowaniu, przez brak wezwania do wyjaśnienia powyższej sytuacji,

- art. 46a ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zatrzymanie wadium z uwagi na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Odwołujący, działając w dobrej wierze, złożył dokumenty, w jego ocenie potwierdzające spełnianie warunków udziału, a Zamawiający nie uwzględnił i nie rozważył całej sytuacji w kontekście zasadności zatrzymania wadium, tj. krótkiego czasu, specyfiki zamówienia i wykonawców firm rodzinnych osobiście wykonujących usługi leśne oraz nie próbował wyjaśnić okoliczności sytuacji,
- ewentualnie innych przepisów wynikających bezpośrednio i pośrednio z uzasadnienia.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania, odrzucenia oferty i zatrzymania wadium wniesionego przez Odwołującego,
- wezwanie Odwołującego do uzupełnienia jednolitych europejskich dokumentów zamówienia konsorcjantów w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu;
- powtórzenie czynności badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego,
- dokonanie wyboru oferty Odwołującego w wyniku ponownej weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- zwrotu zatrzymanego wadium.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że w pkt 2.3 SIWZ wskazano, że postępowanie prowadzone jest zgodnie z zasadami przewidzianymi dla tzw. „procedury odwrotnej”, o której mowa w art. 24aa ust. 1 i 2 PZP. Zgodnie z punktem 3.1. SIWZ przedmiotem zamówienia są usługi z zakresu

gospodarki leśnej zgodnie z określeniem w art. 6 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 28 września 1991 r. o lasach (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r., poz. 2100 ze zm. - dalej: „Ustawa o lasach”) obejmujące prace z zakresu hodowli i ochrony lasu, ochrony przeciwpożarowej, pozyskania i zrywki drewna oraz obsługi Punktu Alarmowo - Dyspozycyjnego w P.ie – Z., w tym obsługi punktów obserwacyjnych w miejscowości C. i B., do wykonania na terenie Nadleśnictwa P. w roku 2017. Pakiet nr 3 obejmuje leśnictwa Piaski, Ogrodno oraz Kluczewo, z kolei pakiet nr 4 obejmuje leśnictwa P., M. oraz S..

Ponadto w pkt 6.2 SIWZ Zamawiający wskazał, że warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej uzna za spełnione, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje m.in.:

1. dla pakietu nr 3:

4

- co najmniej 12 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65)

względnie

Jeżeli Wykonawca w ofercie zobowiąże się do wykonania pozyskania drewna maszynami wielooperacyjnymi wówczas wykaże, że dysponuje co najmniej 7 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką;

- co najmniej 3 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r. poz. 554) lub posiadające odpowiadające im szkolenia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im szkolenia przeprowadzone na podstawie przepisów obowiązujących w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin;

- co najmniej 3 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna;

- co najmniej 2 szt. pługów do przygotowania gleby typu LPZ zagregowanych z pogłębiaczem.

2. w zakresie pakietu nr 4: - co najmniej 9 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami, ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach- członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65)

względnie

5

---

jeżeli Wykonawca w ofercie zobowiąże się do wykonania pozyskania drewna maszynami wielooperacyjnymi wówczas wykaże, że dysponuje co najmniej 6 osobami, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką;

- co najmniej 3 osobami, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r. poz. 554) lub posiadające odpowiadające im szkolenia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im szkolenia przeprowadzone na podstawie przepisów obowiązujących w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin;

- co najmniej 2 szt. ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna;

- co najmniej 2 szt. pługów do przygotowania gleby typu LPZ zagregowanych z pogłębiaczem.

W postępowaniu oferty w zakresie pakietu nr 3 i 4 oferty złożyło konsorcjum Odwołującego. Oferta Odwołującego z ceną 1 680 883,97 zł w zakresie pakietu nr 3 oraz 1 511 878,82 zł w zakresie pakietu nr 4 - była najkorzystniejsza cenowo spośród wszystkich ofert złożonych w postępowaniu. Jednocześnie w pozostałych kryteriach oceny ofert - „Zobowiązanie do samodzielnej realizacji kluczowych części zamówienia” oraz „Zobowiązanie do zatrudnienia na podstawie umowy osób wykonujących grodenie upraw leśnych” wszyscy wykonawcy zaproponowali takie same warunki.

Ponadto należy wskazać, że Odwołujący oświadczył w ofercie, że będzie wykonywał zamówienie w ramach pakietu nr 3 i 4 przy pomocy maszyn wielooperacyjnych. Oznacza to,

że zgodnie z treścią SIWZ, w pakiecie nr 3 i 4 musiał wykazać, że dysponuje mniejszą ilością osób o odpowiednich kwalifikacjach - odpowiednio 7 i 6 osób, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką.

W tym miejscu należy podkreślić, że Odwołujący jest konsorcjum osób fizycznych - prowadzących działalność gospodarczą, które są rodziną. Członkowie konsorcjum - prowadzą osobiście działalność w zakresie usług leśnych, a ponadto - żona pana G.K. - pani K.K. - prowadzi sprawy biurowe i zajmuje się przygotowaniem formalnym dokumentów.

W dniu 10 lutego 2017r. przygotowywała dokumenty formalne do oferty - Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia dla wszystkich członków Konsorcjum (dla p. G. i D. oraz p. T.K.). Czynności te - wykonywała w godzinach 12 - 14.00 i zapisala pliki z Jednolitymi Europejskimi Dokumentami Zamówienia w folderze pod nazwą „P.”. Jednocześnie - robocze wersje tych plików miała zapisane na „PULPICIE” - identycznie nazwane. Nazwy plików :

- III DANIEL JEDZ,

6

---

- III GRZEGORZ JEDZ,

- III TADEUSZ JEDZ,

- IV DANIEL JEDZ,

- IV GRZEGORZ JEDZ,

- IV TADEUSZ JEDZ,

Były identyczne - zarówno w folderze „P.” jak i na „PULPICIE”.

10 lutego był to piątek, dzień wypłat dla pracowników wszystkich Konsorcjantów, ponadto pani K.K. przygotowywała się do wyjazdu z mężem - G.K.. Pan G.K. podpisał przygotowane formularze ofertowe i podpisał ostatnie strony Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia i obowiązki w zakresie złożenia oferty pozostawił panu D.K. Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia nie zostały ostatecznie wydrukowane, gdyż nie do końca było zdecydowane czyje urządzenia i czyje zasoby ludzkie zostaną wpisane do Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia.

W zakresie kosztorysów - również pozostawiono to Panu D.K.

Pan D.K. - w dniu 14 lutego złożył oferty jedynie w formie, w jakiej przekazali mu pani K.K. i G.K., tj. bez Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia, które miał wydrukować i dowieźć. Było to spowodowane względami logistycznymi, gdyż jechał z ofertą prosto ze swojego miejsca zamieszkania a musiałby podjechać do Z., żeby wydrukować Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia. Powyższe - zaplanował sobie w kolejnym dniu.

Zamawiający, działając zgodnie z zasadami prowadzenia postępowania w trybie procedury odwróconej, przeszedł do zbadania czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, tj. Odwołujący, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający działał niezwykle szybko. Po stwierdzeniu, że w ofercie najkorzystniejszej brakuje Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia - już w dniu składania ofert - tj. 14.2.2017 r. mailem - od Pani E.M. 14.02 godz. 10:57 oraz od Pana T.W. 14.02.2017 godz. 11:52 - skierował do Odwołującego wezwanie. Zamawiający wezwał Odwołującego w oparciu o art. 26 ust. 3 Pzp do „złożenia jednolitych dokumentów zamówienia dla wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia”. Zamawiający wyznaczył 16 lutego 2017r., a więc dał tylko Odwołującemu na uzupełnienie jeden, cały i część dnia roboczego.

Pan D.K. w dniu 15 lutego 2017r. - wydrukował Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia, które miał na „PULPICIE” komputera w miejscu zamieszkania pana G. i K.K. - w Z. i podpisał swój JEDZ oraz wpisał daty w JEDZ pana G. i Pana T.. Następnego dnia rano - złożył te Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia w siedzibie Zamawiającego.

Jednocześnie Odwołujący oświadczył, że uzupełnione przez niego oświadczenia i dokumenty były aktualne i potwierdzały spełnianie przez cały skład konsorcjum warunków

7

---

udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, tj. 14.2.2017 r. Oświadczenie zostało złożone w taki sposób, że Pan G.K. pozostawił Panu Danielowi oświadczenie „in blanco” a Pan D.K. wydrukował treść w pełnym porozumieniu z Panem G.K..

W dniu 16 lutego 2017r. - zarówno Pan G.K. jak i Pan D.K. - otrzymali telefony od osoby z Nadleśnictwa P. informujące o nieprawidłowościach w złożonych JEDZ. Pan G.K. - był na wyjeździe i poinformował, że nie ma go na miejscu, natomiast Pan D.K. - poinformował, że nie wie, że w JEDZ były błędy.

W dniu 17 lutego Pan D.K. próbował wyjaśnić sprawę i dzwonił do Nadleśnictwa, ale otrzymał informację, że błędy i nieprawidłowości są bardzo duże i że nie będzie wyjaśnień.

Następnie dnia 2 marca 2017r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wynikach postępowania. W zawiadomieniu wskazano, że Odwołujący został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. W uzasadnieniu określono, że Zamawiający zbadał jednolite dokumenty przedłożone przez Odwołującego w dniu 16.2.2017 r. i stwierdził, że z przedłożonych dokumentów nie wynikało potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia oraz potencjału technicznego.

Zamawiający sprecyzował, że w informacji zawartej w części VI lit. C pkt 6 JEDZ wykonawca nie wykazał zgodnej z SIWZ ilości osób, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z piłką zgodnie z § 21 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 24 sierpnia 2006 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy wykonywaniu niektórych prac z zakresu gospodarki leśnej (Dz. U. Nr 161, poz. 1141) lub posiadające odpowiadające im uprawnienia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im uprawnienia wydane w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej uznane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 22 grudnia 2015 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2016 r. poz. 65) oraz zgodnej z SIWZ ilości osób, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 8 maja 2013 roku szkolenia w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (Dz. U. z 2013 r. poz. 554) lub posiadające odpowiadające im szkolenia wydane na podstawie poprzednio obowiązujących przepisów albo odpowiadające im szkolenia przeprowadzone na podstawie przepisów obowiązujących w innych Państwach Członkowskich Unii Europejskiej, które uprawniają do pracy w kontakcie ze środkami ochrony roślin.

8

---

Ponadto Zamawiający wskazał, że w części VI lit. C pkt 9 JEDZ wykonawca nie wykazał zgodnie z SIWZ ilości ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna dłużycowego, stosowego oraz pługów do przygotowania, którymi dysponuje wykonawca.

Dalej w uzasadnieniu zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający wskazał, że dnia 17.2.2017 r. skierował do wykonawców, których oferta po odrzuceniu oferty Odwołującego, była najwyższej oceniona wezwanie zgodnie z art. 26 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2f do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków.

W tym miejscu należy zaznaczyć, że po przebadaniu jednolitych dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w dniu 16.2.2017 r., Zamawiający mimo wiedzy, że jednolite dokumenty Konsorcjantów są wybrakowane - nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu - zaniechał wezwania Odwołującego do ich uzupełnienia w zakresie potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu jak również do wyjaśnienia całej sytuacji.

Jednocześnie w dniu 2 marca 2017 r. Zamawiający zawiadomił Odwołującego o zatrzymaniu wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. W uzasadnieniu wskazano, że powodem zatrzymania jest niezłożenie w odpowiedzi na wezwanie z dnia 14.2.2017 r. z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez niego, jako oferty najkorzystniejszej. Zamawiający wskazał, że zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp możliwe jest nie tylko w przypadku bierności wezwanego wykonawcy, gdy w ogóle nie składa on dokumentu lub oświadczenia wskazanego w wezwaniu, lecz również kiedy wykonawca składa dokument lub oświadczenie, z którego nie wynika potwierdzenie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych

przez zamawiającego.

I. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z 26 ust. 3 i 4 Pzp w ZW. z art. 7 ust. 1 Pzp, poprzez bezwzględne potraktowanie Odwołującego, nieuwzględnienie specyfiki zamówienia oraz wykonawców i formalne wykluczenie Odwołującego, pomimo, że złożył on Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia w odpowiedzi na bardzo krótki wyznaczony termin ich uzupełnienia, które mogły dać Zamawiającemu podstawę do dalszych wyjaśnień, względnie uzupełnienia

Dnia 14.2.2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do złożenia jednolitych dokumentów w celu zbadania podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący stanowi strukturę złożoną z małych firm rodzinnych prowadzonych w formie jednoosobowej działalności gospodarczej, zatrudniających co najwyżej po kilka

9

---

osób oraz zajmujących się wykonywaniem nieskomplikowanych usług leśnych. Są to, co prawda, podmioty profesjonalne, lecz wyłącznie w zakresie swojej działalności zawodowej, tj. usług leśnych. Konsorcjanci - G.K., D.K. oraz T.K. - w razie uzyskania zamówienia osobiście będą brali udział w jego realizacji wraz z innymi osobami wskazanymi w jednolitych dokumentach. Co szczególnie istotne - Konsorcjanci nie posiadają przygotowania prawniczego.

Tymczasem Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia stanowi stosunkowo nowy dla wykonawców i skomplikowany dokument, sformułowany przez ustawodawcę w taki sposób, że pozostawia wiele wątpliwości interpretacyjnych co do sposobu jego wypełnienia. Co więcej, sama instrukcja wypełnienia JEDZ opublikowana przez Urząd Zamówień Publicznych jest dokumentem niekiedy niejednoznacznym, liczy około 86 stron. Powyższe okoliczności powodują, że prawidłowe wypełnienie jednolitego dokumentu wymaga od podmiotu specjalistycznej wiedzy, biegłości w przepisach z zakresu zamówień publicznych. Osoba, która przeszła niezbędne przeszkolenie i dba od strony biurowej o powyższe - Pani K.K. - przygotowała Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia do wydruku Panu D.K. Pan D.K. - myślał, że pozostawione pliki na pulpicie stanowią ostateczne wersje Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia, gdyż były w nich wskazane - zarówno zasoby ludzkie jak i zasoby narzędziowe, były one wypełnione.

Co istotne - Konsorcjum K. - składało ofertę na dwa pakiety, co dodatkowo komplikowało proces należytego przygotowania jednolitych dokumentów oraz, że Zamawiający wyznaczył wyjątkowo krótki termin - niecałe dwa dni robocze.

Należy zaznaczyć, że pomimo wyżej przedstawionych okoliczności Odwołujący - członkowie konsorcjum - we wszystkich jednolitych dokumentach wypełnili sekcję /alfa/ tj. oświadczyli, że spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Odnośnie potwierdzenia warunków udziału, nawet przy uwzględnieniu, że powinien przeczytać to co składa i podpisuje - Pan D.K. - czytając wydrukowane JEDZ, miał przekonanie,

że są

prawidłowe, tj., że wymienienie wszystkich elementów - jest przykładowe a istotne jest wypełnienie oświadczenia, że wykonawcy spełniają wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego wynika, że Odwołujący, pomimo niesprzyjających okoliczności, składając jednolite dokumenty działał w dobrej wierze. Przede wszystkim - działał w błędzie, że składa prawidłowe Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia.

Wydaje się, że w takiej sytuacji decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania była bardzo surowa i raczej przedwczesna. Cechowała się formalizmem charakteryzującym składanie i uzupełnianie DOKUMENTÓW, a nie składanie i uzupełnianie SKOMPLIKOWANYCH OŚWIADCZEŃ. Każde oświadczenie ma 18 stron, tych oświadczeń było 6. Należy zadać pytanie - czy ocena Zamawiającego nie była zbyt surowa i czy powinien zastosować wprost analogię do

10

---

dotychczasowych zasad odnoszących się do uzupełniania dokumentów lub jedno-dustronicowych oświadczeń.

Zamawiający zdając sobie sprawę z kwalifikacji Odwołującego w zakresie wypełniania jednolitych dokumentów powinien być zastanowić się, czy nie wezwać Odwołującego do uzupełnienia JEDZ lub do wyjaśnienia całej sytuacji, wskazując przy tym

wszystkie wykryte przez siebie nieprawidłowości, tj. dotyczące:

- zgodnej z SIWZ ilości osób, które ukończyły z wynikiem pozytywnym szkolenie dopuszczające do pracy z pilarką (część VI lit. C pkt 6 JEDZ),
- zgodnej z SIWZ ilości osób, które ukończyły szkolenie w zakresie pracy ze środkami chemicznymi (część VI lit. C pkt 6 JEDZ) oraz
- zgodnej z SIWZ ilości ciągników zrywkowych lub ciągników przystosowanych do zrywki drewna dłużycowego, stosowego oraz pługów do przygotowania (część VI lit. C pkt 6 JEDZ).

W kontekście zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp przez Zamawiającego należy wskazać, że po nowelizacji wprowadzono możliwość wzywania do wyjaśnień na podstawie tego przepisu. Powoduje to, że Zamawiający, właśnie w takich sytuacjach, powinien uwzględnić indywidualne aspekty postępowania, samych wykonawców, a także treść wyjaśnień. W tym zakresie zasadne wydaje się rozstrzygnięcie czy w takich przypadkach zasada jednokrotnego wzywania do uzupełnienia jest zasadą bezwzględną i odnosi się zarówno do dokumentów potwierdzających oświadczenie, jak i do samego Jednolitego Europejskiego Zamówienia, w którym można popełnić wiele błędów. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na postępowanie odwoławcze o sygn. akt KIO 172/17 zakończone wydaniem wyroku w dniu 10.1.2017 r. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego złożono odwołanie na wybór wykonawcy, który SAMODZIELNIE kilkakrotnie uzupełniał dokument JEDZ, a pomimo to Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że nie podlega on wykluczeniu, bowiem uzupełnienie dotyczyło za każdym razem innego zakresu.

Biorąc powyższe pod uwagę należy uznać, że Zamawiający, zamiast wykluczać Odwołującego z postępowania, powinien był w pierwszej kolejności wezwać go do uzupełnienia jednolitych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wskazując w sposób precyzyjny, w jaki sposób dokumenty powinny być uzupełnione. Wykluczenia Odwołującego z postępowania w przedstawionym stanie faktycznym stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy.

II. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP W ZW. Z art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, poprzez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia i niemożliwienie wykazania się spełnianiem warunków w postępowaniu, przez brak wezwania do wyjaśnienia powyższej sytuacji

11

---

W przedmiotowym stanie faktycznym znamienne jest, że Zamawiający wyznaczył Odwołującemu niezwykle krótki termin na uzupełnienie jednolitych dokumentów każdego z konsorcjantów. Wezwanie Zamawiającego jest datowane na dzień 14.02.2017 r. Odwołujący otrzymał wezwanie 14.02.2017 r. o godz. 10.57 i 11.52. Zgodnie z wezwaniem - uzupełnienia należało dokonać do dnia 16.02.2017 r. do godz. 10.00. W rezultacie - czas na uzupełnienie dokumentów JEDZ - bardzo obszernych i skomplikowanych - wyniósł jedynie kilkanaście godzin roboczych. Jeden Jednolity Europejski Dokument Zamówienia zawiera 18 stron, wezwanie dotyczyło 6 (sześciu) takich dokumentów - i było skierowane do podmiotu, który zajmuje się osobiście usługami leśnymi.

Czas, jaki otrzymał Odwołujący - spowodował, że D.K. nie miał możliwości szczegółowego zweryfikowania Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia jakie wydrukował z kopii roboczych, działając w dobrej wierze.

Zamawiający, w tak szczególnej sytuacji, w jakiej postawił Odwołującego, dokonując analizy złożonych uzupełnień, powinien uwzględnić możliwości, jakie przyznaje mu obecnie ustawa Pzp.

Należy z daleko idącą ostrożnością traktować automatyczne analogiczne zasady takie jak „jednokrotność uzupełnienia” w odniesieniu do Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia, w przypadku, gdy dotychczas dotyczyły one dokumentów potwierdzających, które z zasady miały 1-2 strony.

III. Zarzut naruszenia art. 46a ust. 4 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zatrzymanie wadium z uwagi na niezłożenie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Odwołujący, działając w dobrej wierze, złożył dokumenty, w jego ocenie potwierdzające spełnianie warunków udziału, a Zamawiający nie uwzględnił i nie rozważył całej sytuacji w kontekście zasadności zatrzymania wadium, tj. krótkiego czasu, specyfiki zamówienia i wykonawców tj. firm rodzinnych osobiście wykonujących usługi leśne oraz nie próbował wyjaśnić okoliczności sytuacji.

Zamawiający bezpodstawnie dokonał zatrzymania wadium Odwołującego w oparciu o art. 46 ust. 4a Pzp. Podejmując decyzję o zatrzymaniu wadium Zamawiający nie uwzględnił m.in. następujących okoliczności:

a) Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia jednolitych dokumentów - pomimo niezwykle krótkiego, niespełna dwudniowego terminu - uzupełnił żądane przez Zamawiającego dokumenty

Tymczasem - przesłanką zatrzymania wadium określoną w art. 46 ust. 4a Pzp jest „nie złożenie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1” lub „niezłożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1”. Żadna z tych sytuacji nie zaszła w przypadku Odwołującego - Odwołujący pomimo niezwykle krótkiego terminu na uzupełnienie - wydrukował Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia już

12

---

następnego dnia po wezwaniu a ponadto sporządził pismo przewodnie do uzupełnienia, a 16.02.2017 r. złożył w siedzibie Zamawiającego uzupełnione dokumenty. Odwołujący w tym zakresie odwołał się do orzecznictwa Izby i wskazał, że z orzecznictwa wynika, iż w świetle literalnego brzmienia ww. przepisu jedynie niezłożenie dokumentów lub oświadczeń uprawnia Zamawiającego do zatrzymania wadium (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19.11.2010 r., sygn. akt KIO 2413/10).

Zdaniem Odwołującego, co jest także zgodne z oceną Izby, Zamawiający nie ma prawa zatrzymać wadium, jeżeli wykonawca uzupełnił dokumenty, tudzież oświadczenia, a w ocenie Zamawiającego nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20.10.2010 r., sygn. akt KIO 2190/10).

b) Odwołujący działał z zamiarem uzyskania zamówienia

Ratio legis wprowadzenia do ustawy Pzp art. 46 ust. 4a było zapobiegnięcie znikom przetargowym - nieuczciwym praktykom wykonawców polegających na świadomym i celowym nieuzupełnianiu dokumentów przez wykonawcę, którego oferta była najkorzystniejsza pod względem kryteriów oceny ofert w celu uzyskania zamówienia przez innego droższego wykonawcę, pozostającego w zмовie z wykonawcą wezwanym do uzupełnienia (tak wyrok SO Łódź z dnia 27-10-2016, sygn. akt III Ca 1230/16; wyrok SA Szczecin z dnia 29-09-2014, sygn. akt I ACa 372/14).

Tymczasem Odwołujący od początku działał i działa w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia. Świadczy o tym m.in. reagowanie na wszelkie wezwania Zamawiającego. Dokonując uzupełnienia jednolitych dokumentów w dniu 16.02.2017 r. Odwołujący działał również w dobrej wierze, bowiem złożył dokumenty, które w jego ocenie potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

c) Skutkiem zatrzymania wadium będzie pokrzywdzenie rodzinnej firmy W wyniku zatrzymania wadium dojdzie do pokrzywdzenia Odwołującego - konsorcjum

trzech firm rodzinnych - dla których kwota wniesionego wadium - w pakietach III i IV łącznie 89 000 zł - jest kwotą istotną. Zatrzymanie wadium może wpłynąć na kondycję finansową Odwołującego. Wykonawca nie będzie mógł przeznaczyć zatrzymanych środków zarówno na: bieżącą działalność, jak też na inwestycje. Może to doprowadzić do osłabienia zdolności konkurencyjnej Odwołującego na rynku usług leśnych, w tym również w przyszłych potencjalnych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego.

d) Zamawiający nie uwzględnił, że może wyjaśnić dlaczego doszło do takiego a nie innego uzupełnienia. Posiadał wiedzę wynikającą z telefonu w dniu 16 lutego 2017r. do Pana G.K., że jest on na wyjeździe poza granicami kraju. Posiadał wiedzę, że Pan D.K. zajmuje się tym na miejscu.

13

---

Należy zadać pytanie - czy Zamawiający powinien działać automatycznie ? Czy nie powinien sprawdzić, dlaczego Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia są niedokończone ?

Ponowne wezwanie oraz wyjaśnienie przedmiotowej sytuacji byłoby zgodne zarówno z celem przepisów art. 46a jak również art. 26 ust. 3 i 4 Pzp, gdyż przepisy nie zostały stworzone po to, aby bezwzględnie eliminować wykonawców w każdy przypadku niedociągnięcia i karnie zatrzymywać im wadium, ale po to, aby wybierać wykonawców

zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania, przy uwzględnieniu INDYWIDUALNEJ charakterystyki danego rynku i postępowania.

Wreszcie na koniec Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie uwzględnił czasu, jaki pozostawił na uzupełnienie ofert o Jednolite Europejskie Dokumenty Zamówienia Odwołującemu.

Z uwagi na powyższe wnoszono jak na wstępie.

**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, wyjaśnień złożonych przez Odwołującego, dokumentów załączonych do stanowisk pisemnych, stanowisk i oświadczeń Stron postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, w tym wykluczenie Odwołującego i odrzucenie jego oferty, w konsekwencji zaś zatrzymanie wadium wniesionego przez Odwołującego, a także potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia z uwagi na okoliczność, że oferta Odwołującego oceniona byłaby jako najkorzystniejsza przy ustalonych kryteriach oceny ofert. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

14

---

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawiając obszerną argumentację prawną wnosił o jego oddalenie w całości.

Do postępowania odwoławczego nie przystąpił żaden inny wykonawca.

Na podstawie akt postępowania ustalono, że oferta Odwołującego była najkorzystniejsza dla pakietów 3 i 4. Po otwarciu ofert, Zamawiający prowadząc postępowanie w procedurze odwróconej, dokonał badania czy wykonawca, który złożył najkorzystniejszą ofertę nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. W ofercie Odwołującego we wszystkich pakietach brakowało JEDZ dla członków konsorcjum. W związku z tym, Zamawiający w dniu 14 lutego 2017 roku, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wyznaczonego pełnomocnika konsorcjum do złożenia dokumentów do dnia 16 lutego 2017 roku. W wyznaczonym dniu Odwołujący złożył wymagane dokumenty i oświadczył, że są one aktualne i potwierdzały brak podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert. Zamawiający zbadał uzupełnione dokumenty i stwierdził, że nie potwierdzają one warunków udziału w postępowaniu, wobec czego wykonawca podlega wykluczeniu, o czym zawiadomiono Odwołującego w dniu 2 marca 2017 roku. Z informacji wynikało, że wykonawca nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie osób skierowanych do realizacji zamówienia oraz potencjału technicznego. Nieprawidłowości dotyczyły części IV lit. C wiersz 6 JEDZ oraz części IV lit. C wiersz dziewięć 9. W ocenie Zamawiającego wykonawca podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zamawiający, działając na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp poinformował Odwołującego o zatrzymaniu wadium z uwagi na niezłożenie z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że ocena dokonana przez Zamawiającego, w tym

wniosek, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez złożenie odpowiednich dokumentów, była prawidłowa.

Podkreślenia wymaga fakt, iż to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. To ten podmiot zobowiązany jest do dołożenia

15

---

należytej staranności w przygotowaniu odpowiednich dokumentów składających się na ofertę, aby spełniały wymogi przepisów i wymagań SIWZ, a także potwierdziły, że spełnione zostały określone wymagania i ustalone warunki udziału w postępowaniu.

Izba podziela stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, iż nie jest możliwe ponowne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów JEDZ. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia tych dokumentów razem z ofertą. W wyjątkowych przypadkach, jeżeli wykonawca nie złożył odpowiednich dokumentów lub oświadczeń, są one niekompletne lub zawierają błędy, art. 26 ust. 3 ustawy Pzp daje takiemu wykonawcy możliwość zweryfikowania poprawności spełniania warunków podmiotowych w postępowaniu. W prowadzonym postępowaniu Zamawiający zastosował wspomnianą regulację prawną, biorąc pod uwagę okoliczność, że oferta konsorcjum nie zawierała dokumentów JEDZ dla wszystkich członków tego konsorcjum. Zamawiający skierował do konsorcjum wezwanie wskazując jakie braki posiada oferta. Wykonawca w wyznaczonym terminie, odpowiadając na wezwanie Zamawiającego, dane formularze (wypełnione i podpisane) złożył. Okolicznością podlegającą ocenie Zamawiającego była zatem sytuacja, czy uzupełnione na wezwanie dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez konsorcjum Odwołującego. Jak się okazało złożone egzemplarze JEDZ nie były wypełnione prawidłowo i nie potwierdzały ustalonych warunków. Odwołujący sam przyznał, że doszło do pomyłki przy drukowaniu dokumentów i ich wydruku z niewłaściwego folderu. Tym samym, ponowne zastosowanie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadziłoby do uprzywilejowanego traktowania Odwołującego i stworzenia dla tego wykonawcy ponownej możliwości naprawienia pierwotnego błędu w postaci niezłączenia do oferty formularzy JEDZ, na podstawie których Zamawiający oceniał zdolność poszczególnych wykonawców do prawidłowej realizacji zamówienia. Niewątpliwie treść i sposób skonstruowania formularzy JEDZ w zakresie prostoty wypełnienia takiego druku odbiega od stosowanych uprzednio przed nowelizacją 2016 roku ustawy jednostronnicowych formularzy zawierających kilkuwersowe oświadczenia wykonawcy. Jednakże od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia, jako podmiotu profesjonalnie prowadzącego działalność gospodarczą, można i należy wymagać określonego poziomu staranności. Izba nie neguje okoliczności, iż konsorcjum Odwołującego tworzą małe firmy rodzinne, ale jak słusznie zauważył Zamawiający, przepisy ustawy Pzp nakładają obowiązek równego traktowania wykonawców, bez względu na sposób i wielkość prowadzenia działalności, co zapewniać ma zachowanie zasady uczciwej konkurencji przez jednakowe traktowanie wszystkich podmiotów starających się o dane zamówienie. Odwołujący jest stałym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, ubiega się o zamówienia w różnych nadleśnictwach, zatem trudności personalno-organizacyjne przy prowadzeniu

16

---

działalności gospodarczej nie są powodem, dla którego można byłoby traktować taki podmiot w sposób uprzywilejowany.

W ocenie Izby niemożliwe było także zastosowanie regulacji art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. W określonych przypadkach Zamawiający może żądać od wykonawcy wyjaśnień odnośnie złożonych dokumentów i oświadczeń. Aby jednak możliwe było wezwanie do złożenia wyjaśnień, muszą istnieć wątpliwości co do treści dokumentów. W przedmiotowym postępowaniu takich wątpliwości Zamawiający nie mógł mieć. Złożone bowiem na wezwanie dokumenty nie potwierdzały ustalonych warunków, które miał spełniać wykonawca ubiegający się o dane zamówienie. Natomiast przyczyny, z powodu których doszło do takiej sytuacji, pozostają poza sferą działania i zainteresowania Zamawiającego.

Nie można również pominąć faktu, iż oświadczenia potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wykonawcy i spełnianie warunków udziału w postępowaniu winny być złożone przez każdego wykonawcę zainteresowanego uzyskaniem danego zamówienia już z ofertą, w pierwotnie wyznaczonym przez Zamawiającego terminie. W przypadku zaś postępowania,

w których wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp potwierdzeniem tych zasad jest złożenie oświadczeń w formie Jednolitych Europejskich Dokumentów Zamówienia. Wykonawcy już zatem w momencie składania oferty powinni być gotowi do wypełnienia tego obowiązku. Tylko w sytuacjach wyjątkowych, określonych w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, możliwe jest późniejsze skorygowanie lub uzupełnienie brakujących dokumentów. Taka szansa została Odwołującemu w przedmiotowym postępowaniu stworzona. Jednocześnie zauważyć należy, iż przepis ten nie daje możliwości wielokrotnego wzywania do uzupełnienia lub poprawienia tych samych dokumentów w ramach jednakowej badanej kwestii. Wykonawca miał możliwość naprawienia niedociągnięć swojej oferty, w wyznaczonym terminie złożył brakujące dokumenty, niestety okazały się one nie potwierdzać braku postaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ponowne wezwanie tego samego wykonawcy do poprawienia błędów w tym samym dokumencie, w ocenie Izby, stawiałoby go w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, którzy złożyli kompletne oferty w pierwotnie wyznaczonym terminie. Dostrzeżenia niewątpliwie wymaga, że sposób uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę jest wynikiem niezawinionego działania jednego z członków konsorcjum i przypadkiem losowym, związanym z wyjazdem osoby, która przygotowywała dokumenty do oferty i nie była obecna na miejscu po otrzymaniu przez Odwołującego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Jednakże nie jest to powód, dla którego Odwołujący winien być traktowany w jakiś szczególny sposób. Zamawiający umożliwił wykonawcy naprawienie i skorygowanie błędów oferty, jednakże to wykonawca nie dołożył wszelkiej staranności celem wypełnienia tego obowiązku w sposób prawidłowy, choć jego działania nie noszą charakteru zawinionego.

17

---

Co do wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów, to ponownie podkreślić należy, iż formularze JEDZ dla poszczególnych członków konsorcjum winny być złożone razem z ofertą. Zatem w tej dacie powinny być odpowiednio wypełnione i podpisane. Oznacza to, że wyznaczenie 2 dniowego okresu na uzupełnienie takich dokumentów Izba uznała za wystarczającą. Jest to bowiem termin wystarczający do przedłożenia prawidłowych dokumentów Zamawiającemu. Termin ten nie może być rozumiany jako termin wykorzystany do tworzenia tych dokumentów. Być może gdyby dane dokumenty zawierały błędy, a osoby które miałyby je podpisać byłyby nieobecne, uzasadniałoby to możliwość wydłużenia danego terminu. W sytuacji jednak braku podstawowego dokumentu w ofercie, 2 dni było terminem odpowiednim na prawidłową reakcję ze strony wykonawcy, który na taką okoliczność powinien być przygotowany z momentem upływu terminu składania ofert.

Konkludując, Zamawiający prawidłowo zdecydował o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, w sytuacji gdy ten nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosnie możliwości zatrzymania przez Zamawiającego wadium, skład orzekający Izby uznał, iż działania Zamawiającego miały nieprawidłowy charakter, co jednak nie prowadziło do uwzględnienia odwołania. W sytuacji takiej wykonawca ostatecznie nie uzyskiwałby zamówienia, ponieważ nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie zaś z dyspozycją art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie w razie stwierdzenia naruszenia przepisów ustawy mającego istotny lub mogącego mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W tym przypadku takiego wpływu się nie dopatrzone.

Zgodnie ze znowelizowaną treścią art. 46 ust. 4a ustawy Pzp Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.

Wykonawca może zatem uchronić się przed zatrzymaniem jego wadium wyłącznie w przypadku, gdy udowodni, iż nie uzupełnienie wskazanych przez zamawiającego dokumentów wynikało z przyczyn nieleżących po jego stronie (arg. art. 46 ust. 4a in fine).

Art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, z uwagi na jego restrykcyjny charakter, powinien być interpretowany w sposób ścisły. Należy zatem podkreślić, iż obowiązek Zamawiającego

zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp nie zachodzi w przypadku, gdy niezłożenie przez wykonawcę żądanych przez zamawiającego dokumentów, na podstawie

18

---

art. 26 ust. 3 ustawy Pzp było następstwem okoliczności, na które obiektywnie rzecz ujmując, przy dochowaniu należytej staranności, wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu. Tak więc przesłanka do zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp zachodzi wyłącznie w przypadku zawinionego zaniechania złożenia żądanych dokumentów przez wezwanego wykonawcę. Pogląd ten został zaprezentowany przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r. (sygn. akt KIO/UZP 62/09), w którym stwierdziła, iż *„możliwość zatrzymania wadium następuje jedynie w braku udowodnienia przez wykonawcę, że niezłożenie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy PZP lub pełnomocnictw, nastąpiło bez jego winy, ma zatem charakter względny”*. W przedmiotowym postępowaniu Izba w działaniu Odwołującego nie dopatrzyła się zawinionego działania lub zaniechania. Złożenie nieprawidłowych dokumentów, w wyniku reakcji na wezwanie Zamawiającego było spowodowane czynnikami losowymi, działanie i zachowanie Odwołującego nie nosiło charakteru celowego wprowadzenia Zamawiającego w błąd, czy też celowego uniemożliwienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego. Jak podkreślał w odwołaniu sam Odwołujący, dopiero po otrzymaniu zawiadomienia o wykluczeniu z postępowania zorientował się on, że na wezwanie zostały wydrukowane i złożone Zamawiającemu niewłaściwe pliki. Pamiętając o tym, że wyznaczony przez Zamawiającego termin na uzupełnienie był bardzo krótki oraz wymaganą formę uzupełnienia dokumentów, Odwołujący w ocenie składu orzekającego Izby dołożył staranności w dostarczeniu Zamawiającemu dokumentów, w jego ocenie i przeświadczeniu prawidłowych.

Reasumując, z powodów opisanych w pierwszej części uzasadnienia odwołanie w zakresie rozpoznawanym podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zmianami), tj. stosownie do wyniku postępowania, przyznając koszty zastępstwa procesowego oraz koszty noclegu na wyznaczoną rozprawę w dniu 3 kwietnia 2017 roku Stronie Zamawiającej. Izba nie uwzględniła kosztów związanych z dojazdem (2x 1885,10 zł) i noclegiem (196,00 zł) w dniu 30 marca 2017 roku uznając je za koszty nieuzasadnione w związku z celowym dochodzeniem i obroną przysługujących Stronie praw. W ocenie Izby koszty związane z dojazdem na wyznaczone terminy posiedzenia i rozprawy nie zostały przez Zamawiającego wykazane jako rzeczywiście poniesione. Strona przedłożyła jedynie

19

---

zestawienie tych kosztów zatytułowane „rachunek”, nie przedstawiła i nie udowodniła, iż koszty w takiej wysokości zostały poniesione (rachunki za paliwo, wysokość stawki jednostkowej wozokilometra dla samochodu służbowego).

**Przewodniczący:**

20