

WYROK
z dnia 3 listopada 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października 2015 r.** w Warszawie odwołania z dnia **16 października 2015 r.** wniesionego przez wykonawcę **Euroconsult S.A. Avenida Camino de lo Cortao 17, 28.700 San Sebastian de los Reyes, Madrid, Hiszpania** w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Instytut Badawczy Dróg i Mostów, ul. Instytutowa 1, 03-302 Warszawa** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego Euroconsult S.A. Avenida Camino de lo Cortao 17, 28.700 San Sebastian de los Reyes, Madrid, Hiszpania

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Euroconsult S.A. Avenida Camino de lo Cortao 17, 28.700 San Sebastian de los Reyes, Madrid, Hiszpania**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego **Euroconsult S.A. Avenida Camino de lo Cortao 17, 28.700 San Sebastian de los Reyes, Madrid, Hiszpania** na rzecz zamawiającego **Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający Zarząd Dróg Wojewódzkich w Katowicach, ul. Lechicka 24, 40-609 Katowice wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Ocena stanu eksploatacyjnego dróg wojewódzkich będących w administracji ZDW w Katowicach na terenie województwa śląskiego wraz z fotorejestracją nawierzchni i korytarza drogi«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych **13.08.2015 r.** pozycja **121371**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz.

423, 768, 811, 915, 1146 i 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, 478 i 605) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **12.10.2015 r.** o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy **Instytut Badawczy Dróg i Mostów, ul. Instytutowa 1, 03-302 Warszawa (IBDM)** ;
- 2) wykluczeniu z postępowania wykonawcy **Euroconsult S.A. Avenida Camino de lo Cortao 17, 28.700 San Sebastian de los Reyes, Madrid, Hiszpania**, gdyż nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej – **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**.

Wykonawca Euroconsult S.A. Avenida Camino de lo Cortao 17, 28.700 San Sebastian de los Reyes, Madrid, Hiszpania, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wniósł **16.10.2015 r.** do Prezesa KIO odwołanie na wykluczenie **odwołującego** z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**, pomimo że **odwołujący** wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 7 ust. 1 Pzp** – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania **wykonawców**;
- 2) **art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp** – przez wykluczenie **odwołującego** z postępowania, pomimo że **odwołujący** wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

3

-
- 3) **art. 91 ust. 1 Pzp** – przez wybór oferty wykonawcy **Instytut Badawczy Dróg i Mostów** jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta **wykonawcy Instytut Badawczy Dróg i Mostów** nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 4) **art. 91 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie wyboru oferty **odwołującego** jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta **odwołującego** jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
 - 5) **art. 26 ust. 4 Pzp** – przez zaniechanie wezwania **odwołującego** do złożenia wyjaśnień;
 - 6) **art. 26 ust. 3 Pzp** – przez zaniechanie wezwania **odwołującego** do złożenia dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**.

Odwołujący wniósł o nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert, w tym w szczególności unieważnienie czynności wykluczenia **odwołującego**;
- 2) prowadzenia postępowania, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 3) dokonania powtórnej oceny ofert, z udziałem oferty **odwołującego**;
- 4) wyboru oferty **odwołującego** jako oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a z ostrożności procesowej **odwołujący** wniósł o nakazanie **zamawiającemu**:
- 5) wezwania **odwołującego** do złożenia wyjaśnień;
- 6) wezwania **odwołującego** do złożenia dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**.

Argumentacja **odwołującego**

Odwołujący 12.10. 2015 r. otrzymał od **zamawiającego** pismo „Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej”. **Zamawiający** informował, że jako oferta najkorzystniejsza została wybrana oferta **Instytutu Badawczego Dróg i Mostów**, zaś **odwołujący** został wykluczony z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**. **Zamawiający** wskazał, że **Euroconsult** nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu przez:

- 1) wskazanie usługi obejmującej 14 kilometrów i 674 metrów (14.647 m), podczas gdy wymóg SIWZ wynosił minimum 500 kilometrów;

4

- 2) wskazanie w Wykazie usług usługi wykonanej przez **Euroconsult Nuevas Tecnologías SA**, a nie przedstawienie zobowiązania tego podmiotu do użyczenia zasobów;
- 3) nieprzedstawienie dowodu opłacenia składki polisy OC, a jedynie stwierdzenie, że złożona polisa jest ważna, a termin uiszczenia składki jeszcze nie minął.

Zamawiający pominął jednak istotną kwestię przy dokonywaniu oceny ofert – okoliczność, że **odwołujący** składał w toku postępowania wyjaśnienia i uzupełnienia. Tymczasem **zamawiający** dokonał oceny ofert z pominięciem tego faktu.

Wykluczenie odwołującego ze względu na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 1.5.1.2 lit. c SIWZ – naruszenie przez zamawiającego przepisu art 24 ust 2 pkt 4 Pzp

Zamawiający 8.09.2015 r. wezwał **odwołującego** do złożenia wyjaśnień „na jakiej podstawie posługują się Państwo usługą wymienioną w poz. 1. Usługa ta została wykonana przez Euroconsult Sucursal Peru, natomiast ofertę składa firma Euroconsult SA.

W odpowiedzi **Euroconsult** pismem z **10.09.2015 r.** wyjaśnił, że usługa wykonana przez „**Euroconsult Sucural Peru SA**” to usługa wykonana przez oddział **Euroconsult SA** – tj. oddział **Euroconsult SA w Peru**. Zwrot „**Euroconsult Sucural Peru SA**” oznacza bowiem po polsku, po przetłumaczeniu „**Euroconsult Oddział Peru SA**”.

Wskazać należy, że **Oddział** spółki jest tożsamy z samą spółką, zatem nie było konieczne dołączanie do oferty zobowiązania **Euroconsult Sucural Peru SA** do udostępnienia zasobów, gdyż usługa wykonana przez oddział jest usługą wykonaną przez samą spółkę. Przedmiotowa usługa obejmowała 784 kilometry, zatem spełniała warunek **pkt 1.5.1.2 lit. c SIWZ**. Tym samym **odwołujący** wykazał w ofercie spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje jednakże, że jednocześnie, w tym samym piśmie z **10.09.2015 r.**, w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, czy zachodzi tożsamość podmiotowa pomiędzy **Euroconsult Sucural Peru SA** a **Euroconsult SA**, przedstawił inną, nową usługę, wykonaną przez **Euroconsult SA**, a nie przez **oddział Euroconsult SA**. Jest to usługa wskazana w pozycji 1 Wykazu usług dołączonego do pisma z **10.09.2015 r.** **odwołujący** wskazał w uzupełnionym **Wykazie usług**, że usługa ta obejmuje 14.674 kilometry. Jednak **zamawiający** odczytał tę informację jako 14,674 kilometra – i w związku z tym uznał, że nie został spełniony wymóg 500 kilometrów. Wartość usługi wynosiła **2.350.000 Euro**. Już sama kwota wskazuje, że nie mogła dotyczyć niecałych **15 kilometrów** – gdyż wtedy wynagrodzenie za jeden kilometr musiałoby wynosić prawie **157.000 euro**. Jednocześnie – dla **14.674 km** wynagrodzenie za jeden kilometr wynosiłoby około **160 euro**.

5

Zamawiający, jeśli miał jakiegokolwiek wątpliwości, z całą pewnością powinien wystąpić o wyjaśnienie w tym zakresie. Zwłaszcza, że w Wykazie usług **odwołujący** prawidłowo wpisał liczbę kilometrów, tj. **14.674 km**. Cała ewentualna wątpliwość **zamawiającego** mogła wziąć się stąd, że w tekście referencji posłużono się zapisem „**14,674**” zamiast „**14.674**”.

Co więcej – w Wykazie usług także usługa wskazana w **pozycji 2** spełnia wymogi dla warunku określonego w **pkt 1.5.1.2 lit. c. Zamawiający** nie zakwestionował nigdy tej usługi, tym samym potwierdza ona spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Jak zatem **odwołujący** wykazał – przedstawił nie jedną, ale trzy usługi, które spełniają warunek określony w **pkt 1.5.1.2 lit. c SIWZ**. Tym samym nie zaistniały przesłanki do wykluczenia.

Także – **zamawiający** w ogóle nie wskazał, dlaczego pominął przy ocenie oferty **odwołującego** usługę wykonaną przez oddział **odwołującego** w Peru, czy też usługę z pozycji 2 Wykazu usług z oferty. W wyniku braku takiego wskazania **odwołujący** nie wie, czy **zamawiający** uznał, że nie jest to oddział i na jakiej podstawie tak uznał. Czy też może istniała jakaś inna przyczyna. **Odwołujący** nie wie, jakie zarzuty **zamawiający** postawił

usłudze z pozycji 2.

Niezależnie od powyższego **odwołujący** wskazuje, że w zakresie warunku udziału w postępowaniu określonym w **pkt 1.5.1.2 lit. c SIWZ zamawiający** w ogóle nie wezwał **Euroconsult** do uzupełnienia oferty o dokumenty, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**. A zatem – nie mógł w ogóle wykluczyć **odwołującego** wobec niespełnienia warunku udziału w tym zakresie. **Odwołujący** wzywany był tylko o wyjaśnienie w trybie **art. 26 ust. 4 Pzp**. I wyjaśnienia takie złożył. Jeśli **zamawiający** uznał wyjaśnienia za niewystarczające – powinien wezwać do uzupełnienia. Jedynie bowiem, gdyby **zamawiający** wprost wskazał, w jakim zakresie zdaniem **zamawiającego odwołujący** nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, **odwołujący** uzyskałby odpowiednią wiedzę i mógłby dokonać uzupełnienia oferty.

Czynność, jaką dokonał **odwołujący**, tj. wskazanie innej usługi bez odpowiedniego uprzedniego wezwania nie konsumuje dyspozycji przepisu **art. 26 ust. 3 Pzp**. **Odwołujący** był też np. uprawniony do przedłożenia zobowiązania swojego oddziału w Peru do użyczenia zasobów, gdyby stosowne wezwanie do uzupełnienia otrzymał od **zamawiającego**.

Wykluczenie odwołującego ze względu na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 1.5.1.2 lit. a SIWZ – naruszenie przez zamawiającego przepisu art 24 ust 2 pkt 4 Pzp

26 sierpnia 2015 r. zamawiający wezwał **Euroconsult** do wyjaśnienia, czy usługa wskazana w pozycji 1 Wykazu usług obejmuje identyfikację parametrów równości

6

poprzecznej, zgodnie z **pkt 1.5.1.2 lit. a SIWZ Zamawiający** wskazał, że „*W wystawionym zaświadczeniu jest mowa jedynie o identyfikacji parametrów równości podłużnej*”.

W odpowiedzi pismem z **31 sierpnia 2015 r. odwołujący** wskazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu określony w **pkt 1.5.1.2 lit. a SIWZ**, tj. wykonał usługę, której przedmiotem było wykonanie badań stanu nawierzchni jezdni dróg publicznych obejmujących identyfikację parametrów równości podłużnej i poprzecznej nawierzchni.

Odwołujący wskazał, że poświadczenie załączone do oferty ma poświadczać wyłącznie należyte wykonanie zamówienia, a nie – zakres przedmiotowy zamówienia, w tym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Odpowiednie postanowienia o należytym wykonaniu zamówienia znajdują się w poświadczeniu, stąd też należy dokument ten uznać za prawidłowy. Zgodnie z przepisami **Prawa zamówień publicznych** wraz z aktami wykonawczymi [rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)] poświadczenia nie służą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego potwierdzeniu spełniania przez **Wykonawcę** warunku udziału w postępowaniu, a służą jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia (wyrok **KIO z dnia 7 września 2009 r., KIO/UZP 1092/09**).

Natomiast dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie **Wykonawcy**, składane w formie wykazu wykonanych usług. W związku z tym **zamawiający** w postępowaniu nie może zarzucić **Wykonawcy**, na podstawie załączonych przez **wykonawcę** referencji, że **wykonawca** nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Przyjmuje się, że oświadczenie składane przez **Wykonawcę** w formie wykazu może mieć szerszy zakres niż wynika to z treści załączonych referencji.

Takie stanowisko prezentuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 4 grudnia 2009 r. [KIO/UZP 1500/09], w którym stwierdzono, że wszelkie dodatkowe informacje potwierdzające oświadczenie **wykonawcy** w wykazie dostaw, są przez **zamawiających** mile widziane, jednak nie są one obowiązkowe, a zadaniem referencji jest wyłącznie potwierdzenie należytego wykonania umowy.

Zamawiający nie uznał tych wyjaśnień za wystarczające i pismem z **8.09.2015 r.** wezwał **odwołującego** do uzupełnienia Wykazu usług w zakresie **pkt 1.5.1.2 lit. a SIWZ**

Odwołujący postanowił nie polemizować z **zamawiającym**, choć uważał, że usługa wskazana w ofercie spełnia wymogi SIWZ i przedstawił nową usługę, wykonaną przez Euroconsult Nuevas Tecnologías SA. Omyłkowo **odwołujący** nie dołączył zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia zasobów. Jednak **zamawiający** powinien wezwać **odwołującego** do uzupełnienia brakującego dokumentu, a nie – wykluczać z postępowania. Zwłaszcza, że

odwołujący nie był wzywany uprzednio do uzupełnienia żadnych zobowiązań do udostępnienia zasobów.

Niezależnie od tego **odwołujący** wskazuje, że **zamawiający** nie wykazał, dlaczego nie uznał usługi wskazanej w Wykazie usług zawartym w ofercie. W piśmie z **8.09.2015 r.** **zamawiający** ograniczył się do wskazania, że „z przesłanych przez Pana wyjaśnień w dniu **31.08.2015 r.** również jasno nie wynika, że Państwa firma wykonała ww. badania”. **Odwołujący** wskazuje, że składając wyjaśnienia **31 sierpnia 2015 r.** odpowiadał na pytania **zamawiającego**. Pytanie brzmiało: czy w zakres usługi z pozycji 1 obejmował badanie stanu nawierzchni. **Odwołujący** potwierdził, wskazując, że wykonał taką usługę. Dodatkowo **zamawiający** enigmatycznie stwierdził, że w zaświadczeniu mowa jest jedynie o identyfikacji parametrów równości podłużnej – na co w wyjaśnieniach **odwołujący** wskazał, że referencje nie służą do potwierdzania zakresu usługi, ale jej należytego wykonania. Nie jest dla **odwołującego** zrozumiałe, na jakiej podstawie **zamawiający** uznał, że wyjaśnienia nie są wystarczające. **Odwołujący** złożył wyjaśnienia odpowiednie do zadanego pytania. A jeśli **zamawiający** miał jakieś dalsze wątpliwości – powinien po prostu wystąpić z dalszym wnioskiem o złożenie wyjaśnień, czego bezpodstawnie zaniechał.

Także zatem w tym przypadku **odwołujący** przedstawił 2 usługi, a nie jedną wymaganą – stąd też wykluczenie jest bezpodstawne, zanim **zamawiający** nie wezwie **odwołującego** w trybie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp odpowiednio do złożenia dalszych wyjaśnień oraz do uzupełnienia zobowiązania do udostępnienia zasobów.

Wykluczenie odwołującego ze względu na brak złożenia dowodu opłacenia polisy – naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp

26 sierpnia 2015 r. zamawiający wezwał **Euroconsult** do wyjaśnienia, czy polisa OC jest opłacona. W odpowiedzi **Euroconsult** wyjaśnił, że polisa jest ważna, zaś termin składki jeszcze nie minął.

Zamawiający nie wystosował do **odwołującego** żadnych dalszych pism w tym zakresie – ani o dodatkowe wyjaśnienia, ani też o uzupełnienia, a jedynie – wykluczył **odwołującego**, stwierdzając, że wyjaśnienia są „niewystarczające i lakoniczne, a **zamawiający** nie uzyskał dowodu z którego wynikałby fakt opłacenia składki”. **Odwołujący** nie wie, co jest lakonicznego w stwierdzeniu, że termin opłacenia składki jeszcze nie minął. Żaden przepis prawa nie uzależnia ważności polisy OC od uiszczenia składki. Co więcej – **odwołujący** wprost wskazał, że termin składki nie minął. Stąd też nie mógł przedstawić **zamawiającemu** dowodu, że uiszczył składki, gdyż taki dowód nie istnieje. Tym samym **odwołujący** ponosi negatywne konsekwencje tego, że wynegocjował z ubezpieczycielem korzystne dla siebie

terminy płatności. Co więcej – z samej treści polisy załączonej do oferty wynika, że **Euroconsult** posiada zawarte, będące w mocy, ważne do **17 marca 2016 r.** ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. **Odwołujący** wskazuje też, że przedmiotowy dokument nie jest „polisą”, ale jest „innym dokumentem potwierdzającym, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej” – gdyż jest to „zaświadczenie” wydane przez ubezpieczyciela, a nie umowa zawarcia ubezpieczenia czy polisa. Dokument zawarty w ofercie spełnia warunki określone w § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Także w tym przypadku **zamawiający** naruszył przepis art. 26 ust. 3 i 4 Pzp przez zaniechanie wystąpienia o dalsze wyjaśnienia, czy też nawet o uzupełnienie.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu 15.10.2015 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **15.10.2015 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

19.10.2015 r. wykonawca **Instytut Badawczy Dróg i Mostów, ul. Instytutowa 1,**

03-302 Warszawa złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

29.10.2015 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez **odwołującego**:

- 1) (dowód nr 1) oświadczenie podmiotu Eurorva S.A. de CV na potwierdzenie, że dokument załączony do oferty dotyczy 14 674 km, a nie 14 km i 674 m
- 2) (dowód nr 2) „Zobowiązanie innego podmiotu” do wzięcia udziału w wykonaniu zamówienia na wypadek, gdyby uznano, że podmiot Euroconsult Sukursal Peru nie jest oddziałem, a jest oddzielnym całkowicie podmiotem od **odwołującego**
- 3) (dowód nr 3) zobowiązanie Euroconsult Nuevas Tecnologias, czyli podmiotu, którego referencje są załączone do nowego wykazu, mimo że **zamawiający**

9

jednak nie wykazał, że w Peru podmioty o nazwie „sukursal” są oddzielnymi podmiotami, a nie oddziałami

- 4) (dowód nr 4) zaświadczenie HDI Generali, że w momencie składania ofert polisa **odwołującego** była ważna do 17.03.2016 r., a zgodnie z rozporządzeniem o dokumentach istotą składania polisy do oferty jest, aby była ona ważna, a nie opłacona

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego**.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut:

drugi naruszenia art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp – przez wykluczenie **odwołującego** z postępowania, pomimo że **odwołujący** wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu

piąty naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp – przez zaniechanie wezwania **odwołującego** do złożenia wyjaśnień

szósty naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp – przez zaniechanie wezwania **odwołującego** do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp

– nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający wykluczył **odwołującego** powołując się na to, że:

- 1) **odwołujący** przedstawił usługę, którą wykonał inny podmiot, a nie on sam i nie dołączył do tego wymaganych w pkt 1.7 specyfikacji dokumentów dotyczących tego podmiotu, które na podstawie odnośnika zostały wyszczególnione w pkt 1.6.II.7-8 specyfikacji [1.6.II.7 – oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 Pzp i 1.6.II.8 – aktualny

10

- upływem terminu składania ofert];
- 2) **odwołujący** przedstawił do wykazu wykonanych prac zaświadczenie na wykonanie badań parametrów równości poprzecznej i podłużnej nawierzchni na długości 14,674 km, podczas gdy warunkiem było potwierdzenie wykonania usługi na długości minimum 500 km;
 - 3) **odwołujący** nie wykazał, że załączona do oferty polisa ubezpieczeniowa OC została opłacona.

08.09.2015 r. zamawiający wezwał, na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp, obecnego odwołującego** do złożenia wymaganych przez **zamawiającego** »Wykazu usług (...)« [...] zgodnie z **pkt 1.5.1.2a SIWZ** w zakresie równości poprzecznej» gdyż **zamawiający** stwierdził, że z załączonych do oferty dokumentów ani wyjaśnień »nie wynika wykonanie badań stanu nawierzchni jezdni obejmujących identyfikację parametrów równości poprzecznej«. Wobec tego **zamawiający** nie może uznać, że **wykonawca**, a **obecny odwołujący**, spełnienia warunek udziału w postępowaniu. **Art. 26 ust. 3 Pzp** brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.

10.09.2015 r. obecny odwołujący wystosował do **zamawiającego** wyjaśnienia i uzupełnienia stwierdzając, że cyt. »Jednakże w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, czy zachodzi tożsamość podmiotowa pomiędzy Euroconsult Sucural Peru SA a Euroconsult SA – Wykonawca (jak wskazano w pkt 1a) powyżej) przedstawia **w miejsce** tej usługi nowe usługi, wykonane przez Euroconsult SA, a nie przez oddział Euroconsult SA.« [pisownia oryginalna, pogrubienie liter – lzbą].

Zwykle **zamawiający** podczas oceny spełniania przez **wykonawców** warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz badania i oceny ofert biorą pod uwagę ofertę wraz z załącznikami, tłumaczenia i uzupełnienia. Jednak takie holistyczne podejście do oferty i wniesionych dokumentów przez **wykonawców** do **zamawiającego** musi być

11

zmienione w przypadku, gdy **wykonawca** zastrzega aby któregoś z dokumentów złożonych wcześniej z ofertą nie brać pod uwagę w zestawieniu z dokumentami złożonymi w wyniku uzupełnienia, zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**. Tak **zamawiający** pojął wyrażenie »[...] Wykonawca [...] przedstawia **w miejsce** tej usługi nowe usługi [...]« i zdaniem **lzb**y właściwie brał pod uwagę tylko dokument złożony w uzupełnieniu oferty podczas oceny spełniania przez **wykonawców** warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Ze względu na użycie przez **odwołującego** w rozpoznawanym piśmie wyrażenia »w **miejsce**« **zamawiający** nie brał pod uwagę wcześniej złożonych dokumentów na wykazanie przedmiotowego warunku, a tylko wziął pod uwagę dokument złożony przy piśmie z **10.09.2015 r.** Zgodnie z **art. 65 § 1 Kc**, który należy stosować na podstawie **art. 14 Pzp** **zamawiający** musi tłumaczyć oświadczenia woli, jak tego wymagają zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczajem czyli wyrażenie »w miejsce« należy tłumaczyć jako »zamiast«. Zdaniem **lzb**y takie rozumienie wynika ze znajomości języka, czyli zwyczaju posługiwania się tym wyrażeniem. Znaczenie to wynika także ze słownikowej definicji tego wyrażenia »Na miejsce albo w miejsce czegoś „zamiast”« (Słownik **języka polskiego**). Wreszcie **odwołujący** nie dowiódł możliwości innego pojmowania przedmiotowego sformułowania.

Art. 14 Pzp brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«, a **art. 65 § 1 Kc** brzmi »Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia

społecznego oraz ustalone zwyczaje».

Dlatego – zdaniem **Izby – zamawiający** zasadnie skupił się na badaniu tylko dokumentu znajdującego się w uzupełnieniu oferty i pominął inne dokumenty dołączone do oferty. Jednocześnie **Izba** stwierdza, że skoro **zamawiający** już raz wezwał **wykonawcę** (obecnego **odwołującego**) do uzupełnienia oferty na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** to w tym samym zakresie nie mógł już tego uczynić powtórnie. Wynika to z charakteru przepisu **art. 26 ust. 3 Pzp**, który jest wyjątkiem w stosunku do **art. 87 ust. 1 zdanie drugie Pzp**, który to przepis brzmi »Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«. Wobec tego nie można wymagać od **zamawiającego**, aby stosował on wyjątkową regulację z **art. 26 ust. 3 Pzp** więcej niż raz do tego samego uchybienia znajdującego się w ofercie. Z tego względu **wykonawca** musi do wezwania o uzupełnienie dokumentów w określonym zakresie podejść z należytą starannością i uzupełnić dokumenty w zakresie wynikającym z wezwania o uzupełnienie dokumentów, ale także w zakresie wynikającym ze specyfikacji i przepisów powszechnie obowiązujących [ustawy z dnia 29

12

stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231)].

Ponadto zdaniem **Izby** na sprawę w tym przypadku nie miało wpływu skonstruowanie postanowień specyfikacji bez uwzględnienia **§ 157** załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. Nr 100, poz. 908), który to przepis brzmi »Nie odsyła się do przepisów, które już zawierają odesłania«. Wynika to z tego, że **zamawiający** nie jest obowiązany podczas formułowania specyfikacji stosować się do „Zasad techniki prawodawczej”, chociaż działanie w granicach unormowań tego aktu mogłoby polepszyć jakość samych specyfikacji i mogłoby wpłynąć na zmniejszenie liczby zbędnych trudności przy formułowaniu i odczytywaniu specyfikacji. **Izba** musi też zauważyć, że **odwołujący** ani żaden inny podmiot nie wnosili uwag do tego sformułowania **specyfikacji**. Wreszcie – zdaniem **Izby** – przy dołożeniu należytej staranności daje się wywieść o jakie dokumenty chodzi **zamawiającemu**.

Dokumentów tych (dokumentów podmiotowych) nie dołączył **odwołujący** do uzupełnień w związku z tym **odwołujący** nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i nie mógł być powtórnie wzywany przez **zamawiającego** o uzupełnienie dokumentów oferty ani nie miałoby znaczenia złożenie dodatkowych wyjaśnień przez **odwołującego**.

Ponadto **Zamawiający** nie potraktował podmiotu **Euroconsult Sucural Peru S.A** jako oddziału **odwołującego**, gdyż to sam **odwołujący** nie wykazał, że podmiot ten jest jego oddziałem, a ze względu na działanie tego podmiotu w innym państwie (i nawet na innym kontynencie) to na **wykonawcy** (obecnym **odwołującym**) ciąży wykazanie, że podmiot ten jest oddziałem właśnie **wykonawcy** (obecnego **odwołującego**), a **odwołujący** tego nie wykazał w terminie składania ofert. mimo, że odpowiedzi na wezwanie **zamawiającego** wykonawca **Euroconsult** pismem z **10.09.2015 r.** wyjaśnił, że usługa wykonana przez „**Euroconsult Sucural Peru SA**” to usługa wykonana przez oddział **Euroconsult SA** – tj. oddział **Euroconsult SA w Peru**. Zwrot „**Euroconsult Sucural Peru SA**” oznacza bowiem po polsku, po przetłumaczeniu „**Euroconsult Oddział Peru SA**”. **Odwołujący** wskazał, że **Oddział** spółki jest tożsamy z samą spółką, zatem nie było konieczne dołączanie do oferty zobowiązania **Euroconsult Sucural Peru SA** do udostępnienia zasobów, gdyż usługa wykonana przez oddział jest usługą wykonaną przez samą spółkę. Przedmiotowa usługa obejmowała 784 kilometry, zatem spełniała warunek **pkt 1.5.1.2 lit. c SIWZ**. Tym samym **odwołujący** wykazał w ofercie spełnianie przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu.

Jednak sam **odwołujący** w miejsce tego wykazania spełnienia warunku dołączył do uzupełnień wykazanie wykonania pomiarów na długości 14,674 km. Użycie przecinka wskazuje w polskim systemie, że wykonawca wykonał badania na długości 14 km i 674 m. Samo stwierdzenie wartości tej usługi (2.350.500,00 euro) nie może wystarczyć do

13

uwzględnienia innego zapisu oddzielania liczb całkowitych od ułamkowych, gdyż usługa mogła obejmować znacznie większy zakres działań niż tylko wykonanie pomiarów. Ponadto właśnie w liczbie określającej wartość usługi został zaprezentowany zapis oddzielający

przecinkiem liczby całkowite od ułamkowych i kropkami systematyzujący rzędy tysięcy i milionów. Również należy podkreślić, że takie oddzielenia przecinkiem liczb całkowitych od ułamkowych i systematyzujące rzędy tysięcy i milionów zostało przedstawione w oryginalnym tekście z Meksyku i w tłumaczeniu tego pisma na język polski. **Izba** musi dodać, że to właśnie sam wykonawca jest obowiązany wnieść tłumaczenie, natomiast w żadnym przepisie dokonanie tłumaczenia nie obciąża **zamawiającego**.

Wynika to z **§ 7 ust. 4 zdanie pierwsze rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, który to przepis brzmi »Dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski«.

Zdaniem **Izby** złożenie przez **odwołującego** dowodu 1 nie może zmienić podejścia **zamawiającego** gdyż dowód ten nosi datę 15.10.2015 r., a więc został wytworzony dalece po upływie terminu na jego złożenie (10.09.2015 r.). Ponadto pismo z 10.09.2015 r., którego uzupełnieniem jest pismo z 15.10.2015 r. było składane w trybie złożenia uzupełnień na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, a więc nie może być już uzupełniane, chyba że zostałoby złożone wcześniej lub równocześnie.

Również ze względu na stwierdzenie **wykonawcy** (obecnego **odwołującego**), że w miejsce dokumentów podmiotu **Euroconsult Sucural Peru SA** odwołujący będzie opierał wykazanie spełnienia warunków w postępowaniu na innych dokumentach zobowiązanie podmiotu **Euroconsult Sucural Peru SA** przekazane w **dowodzie nr 2** jest bezprzedmiotowe. Z tych samych względów złożenie **dowodu nr 3** musi zostać uznane za złożenie spóźnione.

Także w **§ 1 ust. 1 pkt 11 przytoczonego rozporządzenia** zostało ustanowione wymaganie przez **zamawiającego** opłaconej polisy na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Przepis **§ 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia** Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane brzmi »W celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawą”, zamawiający może żądać, następujących dokumentów [...] opłaconej polisy, a w przypadku jej braku, innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia«.

14

Odwołujący nie załączył do oferty takiego dokumentu. Jednak **zamawiający** – ze względu na to, że mimo złożenia uzupełnienia oferta **odwołującego** podlegała odrzuceniu – nie wezwał **odwołującego** o uzupełnienie tego dokumentu. Takie zaniechanie **zamawiającego** jest zgodne z zacytowanym wcześniej **art. 26 ust. 3 Pzp** (Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów [...], do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu [...]), dlatego **Izba** nie może się przychylić do zarzutu **odwołującego**. **Dowód nr 4** nie mógł mieć wpływu na stanowisko **Izby**, gdyż jego złożenie nie mogło wpłynąć na konieczność wykluczenia **odwołującego**, które to wykluczenie było spowodowane innymi czynnikami wykazanymi wcześniej.

Z tego powodu **Izba** nie może uwzględnić zarzutów **drugiego** naruszenia **art. 24 ust 2 pkt 4 Pzp**, **piątego** naruszenia **art. 26 ust. 4 Pzp** i **sóstego** naruszenia **art. 26 ust. 3 Pzp**.

W ocenie **Izby**, zarzut:

trzeci naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** – przez wybór oferty **wykonawcy Instytut Badawczy Dróg i Mostów** jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta **wykonawcy Instytut Badawczy Dróg i Mostów** nie jest ofertą najkorzystniejszą spośród ofert nie podlegających odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz

czwarty naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp** – przez zaniechanie wyboru oferty **odwołującego** jako oferty najkorzystniejszej, pomimo że oferta **odwołującego** jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia

– nie zasługują na uwzględnienie.

Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«. **Izba** zauważa dodatkowo, że przepis ten jest usytuowany po przepisie **art. 89 ust. 1 Pzp** mówiącym o powodach odrzucenia oferty, a więc przepis ten należy odczytywać »Zamawiający wybiera – **spośród ofert niepodlegających odrzuceniu** – ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Izba stwierdza, że ze względu na wykluczenie **odwołującego** z postępowania **zamawiający** musiał uznawać ofertę **odwołującego** za odrzuconą na podstawie **art. 24 ust. 4 Pzp**, który to przepis brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«. W związku z tym **zamawiający** nie mógł dokonać wyboru jako najkorzystniejszej oferty **odwołującego** oraz prawidłowo wybrał ofertę **wykonawcy Instytut Badawczy Dróg i**

15

Mostów jako ofertę najkorzystniejszą, gdyż oferta tego **wykonawcy** nie podlegała odrzuceniu.

Z tych przyczyn nie mogą zostać uwzględnione przez **Izbę** zarzuty **trzeci i czwarty** naruszenia **art. 91 ust. 1 Pzp**.

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 7 ust. 1 Pzp** – przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności zaś dokonania oceny ofert, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania **wykonawców** – nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w odwołaniu ani w wystąpieniu ustnym do protokołu nie wskazał na naruszenie przez **zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp**, który to przepis brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców«. Ponadto **odwołujący** nie wykazał naruszenia innych przepisów, dlatego **Izba** nie może przychylić się do tego zarzutu.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

16