**Sygn. akt: KIO 2673/14**

**WYROK**
**z dnia 12 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący : Agnieszka Trojanowska**

**Protokolant: Marta Polkowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2014 r. przez **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „GUARD" Biuro Inżynieryjno- Architektoniczne M. M. z siedzibą w Częstochowie, ul. Glogera 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Maków Podhalański reprezentowaną przez Burmistrza Makowa Podhalańskiego- P. S. z siedzibą w Makowie Podhalańskim, ul. Szpitalna 3**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwa Geologicznego Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie, al. Kijowska 16a** zgłaszającego swój udział w sprawie sygn. akt KIO 2763/14 po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnić czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnić czynność odrzucenia oferty odwołującego, unieważnić czynność wyboru, jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Geologiczne Spółka Akcyjna w Krakowie, Al. Kijowska 16a i dokonać ponownej oceny ofert,**

**2.** kosztami postępowania obciąża **Gminę Maków Podhalański reprezentowaną przez Burmistrza Makowa Podhalańskiego- P. S. z siedzibą w Makowie Podhalańskim, ul. Szpitalna 3** i :

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „GUARD" Biuro Inżynieryjno- Architektoniczne M. M. z siedzibą w Częstochowie, ul. Glogera 15** tytułem wpisu od odwołania,



---

2.2 zasądza od **Gminy Maków Podhalański reprezentowaną przez Burmistrza Makowa Podhalańskiego- P. S. z siedzibą w Makowie Podhalańskim, ul. Szpitalna 3** na rzecz **M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „GUARD" Biuro Inżynieryjno- Architektoniczne M. M. z siedzibą w Częstochowie, ul. Glogera 15** kwotę 11 100 zł. 00 gr (słownie : jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego tj. wpisu i kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie.**

**Przewodniczący:**

**……**



---

**Sygn. akt KIO 2673/14 Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na w trybie przetargu nieograniczonego na „ Wykonanie projektu robót geologicznych oraz dokumentacji geologiczno- inżynierskiej zespołu osuwiskowego w Makowie Podhalańskim" zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Informacji Publicznej za numerem 241379-2014 20 w dniu 20 listopada 2014r.

W dniu 11 grudnia 2014r. zamawiający przekazał faksem wykonawcom informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu oferty odwołującego – M. M. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „GUARD" Biuro Inżynieryjno- Architektoniczne M. M. z siedzibą w Częstochowie, ul. Glogera 15 i o odrzuceniu jego oferty.
uznaje się za odrzuconą.
Odwołujący został wykluczony z postępowania z uwagi na to, iż „załączony przez Wykonawcę do oferty w załączniku nr 4 w pozycji pierwszej zestawienia wykaz wykonanych usług nie potwierdza spełniania przez Wykonawcę tzn. warunków pozytywnych określonych przez Zamawiającego ".
Postawę wykluczenia stanowi:
- art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy - z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania,
- art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy tj. nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.
Na podstawie powyższego zamawiający uznał ofertę odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.

W dniu 16 grudnia 2014r. odwołujący wniósł pisemne odwołanie, które zostało podpisane przez właściciela firmy odwołującego. Kopia została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną i faksem w dniu 16 grudnia 2014r.
Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art 24 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm. – dalej ustawy) przez bezpodstawne wykluczenie będące wynikiem nieuprawnionego przyjęcia, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu;
2) art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez jego błędną wykładnię i wadliwe zastosowanie, będące wynikiem nieuprawnionego przyjęcia, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) art 24 ust. 4 ustawy przez błędną kwalifikację, będącą wynikiem nieuprawnionego przyjęcia że oferta odwołującego podlega odrzuceniu;



4) art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
5) art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta odwołującego jest ofertą zgodną z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) i przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania przez nakazanie zamawiającemu :
1. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania
2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego
3. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty firmy Przedsiębiorstwo Geologiczne S.A. w Krakowie
4. dokonania ofert i oferty jako ponownej oceny wybranie odwołującego najkorzystniejszej
5. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego zamawiającego.
Odwołujący podniósł, iż posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy, gdyż w wyniku utrzymania w mocy czynności zamawiającego uniemożliwiono mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, czego skutkiem jest narażenie odwołującego na poniesienie szkody w postaci utraty spodziewanego dochodu. Dnia 11 grudnia 2014r. odwołujący otrzymał od zamawiającego informację w przedmiocie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z którą jako najkorzystniejsza w przedmiotowym postępowania została wybrana oferta firmy Przedsiębiorstwo Geologiczne S.A. z Krakowa. Jednocześnie zamawiający poinformował, iż odwołujący podlega wykluczeniu, a jego ofertę uznaje się za odrzuconą.
Odwołujący wskazał na pkt. 3.3. siwz w zakresie wiedzy i doświadczenia zgodnie z którym zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, gdzie wykonawcy mieli wykazać się w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a

jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy to w tym okresie, m.in. doświadczeniem w zrealizowaniu co najmniej dwóch usług odpowiadających swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania tj.: wykonaniem prac i robót geologicznych, opracowaniem dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla terenów osuwiskowych o wartości minimum 300 000 złotych brutto każda.
Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem zamawiającego, że usługa przedstawiona w poz. 1 wykazu odwołującego - pn. „Wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie projektu prac i robót geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla osuwiska na Wzgórzu Klasztornym w Czeladzi przy ul. Podwalnej powiat będziński woj. Śląskie" nie spełnia powyższego warunku. Odwołujący oświadczył, iż w skład przedmiotowego



zamówienia wchodziło wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla terenów osuwiskowych, usługa odpowiadała swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia. Do powyższego dołączono dowód należytego wykonania zamówienia. Jako dowód odwołujący powołał informację o wyniku postępowania oraz pismo Zamawiającego z dnia 04.12,2014r. pn. „Wezwanie do uzupełnienia dokumentów" wraz z datą wpływu , pismo do zamawiającego z dnia 05.12.2014r. doręczone zamawiającemu w dniu 08.12.2014r. z uzupełnieniem oświadczeń i dokumentów wraz z potwierdzeniem doręczenia.
Zamawiający we wskazanym wyżej piśmie wezwał odwołującego m.in. do uzupełnienia wykazu usług wg Załącznika nr 4.zamawiający zażądał także przedłożenia innych dokumentów, niż określone w siwz. Zamawiający rozszerzył zakres wymaganych dokumentów, jakie odwołujący winien przedłożyć aby spełnić warunki udziału w postępowania.
Zamawiający oczekiwał przedłożenia dokumentu np. karty rejestracyjnej osuwiska, decyzji zatwierdzającej projekt robót geologicznych lub inny dokument z którego jednoznacznie bedzie wynikać, że obszar badań jest porównywalny do określonego przez zamawiającego w siwz.
W odpowiedzi odwołujący przedłożył kompletny wykaz, jednocześnie poczynił uwagę, iż przedkłada jedynie oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie odwołującego wymaganie przez zamawiającego innych dokumentów w wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z dn. 05.12.2014r. np. karty rejestracyjnej osuwiska jest niedopuszczalne, gdyż takiego warunku zamawiający nie postawił w siwz, zatem nie może się go domagać.
Wobec powyższego wezwanie do przedstawienia innych dokumentów poza dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zdaniem odwołującego, uznać należy za niedopuszczalne i rażąco sprzeczne z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów. jakich może zadać zamawiający od wykonawcy. oraz form. w jakich te dokumenty mogą bvć składane (Poz. 231).
Zamawiający nie mógł się domagać innych dokumentów i inaczej formułować warunek udziału w odniesieniu do odwołującego już po otwarciu ofert.
Zamawiającvy w informacji o wyniku wskazał, że wykonana przez odwołującego dokumentacja dotyczy osuwiska w Czeladzi, które „jest niewielką zerwą i nie wskazuje na jakiekolwiek doświadczenie w dokumentowaniu bardzo głębokiego osuwiska w Makowie Podhalańskim Takie doświadczenie w ocenie zamawiającego „wskazuje na brak doświadczenia w rozpoznawaniu osuwisk skalnych



Ponieważ ocena „porównywalności" obu osuwisk w ocenie Zamawiającego nie potwierdziła spełniania przez Odwołującego „warunków pozytywnych" Odwołujący został wykluczony z postępowania.
W ocenie odwołującego przedstawione powyżej argumenty nie mogą powodować jego wykluczenia. Zamawiający bowiem w siwz nie stawiał jakichkolwiek warunków, nakładających na wykonawców obowiązek posiadania doświadczenia w wykonaniu dokumentacji dla osuwisk porównywalnych do osuwiska w Makowie Podhalańskim. Zamawiający zupełnie inaczej postawił warunek udziału w postępowaniu.

Mianowicie na potwierdzenie doświadczenia wymagał, aby wykazana usługa obejmowała swoim zakresem i rodzajem „wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie dokumentacji geologiczno- inżynierskiej dla terenów osuwiskowych o wartości minimum 300 000.00 złotych brutto każda".
Nigdzie zamawiający nie wskazał zatem, że osuwisko w zakresie którego wykonawca miał wykazać się doświadczeniem ma być „podobne", czy też „porównywalne" do osuwiska w Makowie Podhalańskim. Nie podał także w siwz w warunkach udziału co dokładnie miałoby być porównywane tzn. jakie parametry osuwiska (wielkość, głębokość, miąższość koluwiów). Jednak w rozstrzygnięciu postępowania zamawiający szczegółowo porównuje oba osuwiska w odniesieniu do wskazanych wyżej parametrów, które są nowymi kryteriami oceny wykonawcy, o których nie ma wzmianki ani w siwz ani w ogłoszeniu o zamówieniu.
W ocenie odwołującego, zamawiający nie mógł domagać się od odwołującego spełnienia nowych wymogów, które Zamawiający określił wobec niego po otwarciu ofert. Takie traktowanie odwołującego stoi w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy p Wskazał na stanowisko orzecznictwa w tym zakresie np. uchwałę KIO z dnia 23 stycznia 2013r. Sygn. akt KIO/KD 2/13.
Odwołujący stwierdził, iż zamawiający wykluczył go z postępowania z uwagi na niespełnianie warunku wynikającego z własnej interpretacji zamawiającego, a nie z wprost z opisu warunku określonego w siwz.Odwołujący takiej interpretacji zapisów warunku nie mógł się nawet domyślać. Nie mógł bowiem zakładać, że zamawiający będzie interpretował warunek niezgodnie z zasadą proporcjonalności obowiązującą przy ustalaniu warunków udziału. Zamawiający nie może żądać takiego samego, czy porównywalnego doświadczenia odnosząc go do zakresu prac będących przedmiotem zamówienia. Taki interpretacja opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków zwłaszcza dokonana po otwarciu ofert byłaby niedopuszczalna.
W ocenie Odwołującego wskazane poz. 1 Załącznika Nr 4 zamówienie spełnia postawiony w siwz warunek udziału, ponieważ swoim zakresem i rodzajem obejmuje roboty i usługi wymagane przez zamawiającego w Rozdziale IV pkt. 3.3. siwz. Odwołujący zrozumiał warunek wprost, czyli tak jak on brzmiał literalnie.



---

Jeśli więc były jakiekolwiek rozbieżności w interpretacji zapisów siwz, wynikające z faktu niestaranności i nieprecyzyjności Zamawiającego to na pewno Wykonawca nie może z tego tytułu ponosić konsekwencji. Wszelkie wątpliwości winny być rozstrzygane na korzyść odwołującego, tak KIO w wyroku o sygn. akt KIO/UZP 434//10, w wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007roku (XIX Ga 80/07) oraz Zespołu Arbitrów z dnia 15 stycznia 2007 roku (UZP/ZO/O-10/07). "
Odwołujący pragnie odniósł się zastosowania przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 tj. wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.
Z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty wynika, iż zamawiający powziął wątpliwości co do uzupełnionych przez odwołującego dokumentów i oświadczeń. Z pominięciem odwołującego zamawiający podjął czynności w zakresie wyjaśniania powyższego. Uzupełniony wykaz usług wraz z poświadczeniami literalnie potwierdzał wymagania postawione przez zamawiającego w siwz. Z tego względu, w ocenie odwołującego, zamawiający nie miał podstaw do zastosowania przepisu § 1 ust. 5 rozporządzenia o dokumentach. Przepis ten przewiduje, że zamawiający może bezpośrednio zwrócić się do właściwego podmiotu jedynie w razie konieczności, szczególnie gdy wykaz lub dowody, o których mowa odpowiednio w ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2, budzą wątpliwości zamawiającego lub gdy z poświadczenia albo z innego dokumentu wynika, że zamówienie nie zostało wykonane lub zostało wykonane nienależycie.
Ponadto, zasadą powinno być wyjaśnienie wątpliwości przede wszystkim z Wykonawcą, (tak Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2012 r. KIO 1259 /12). Jeśli więc w kontekście złożonych uzupełnień, które - pomimo ich literalnego brzmienia odpowiadającego warunkom udziału- mogły w jakikolwiek sposób niepokoić i budzić wątpliwość zamawiającego winien on w pierwszej kolejności zwrócić się o ich wyjaśnienie do odwołującego.
Tymczasem odwołujący dowiedział się o poczynionych przez zamawiającego ustaleniach dopiero z treści zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Nie mógł więc w żaden sposób zareagować na etapie postępowania przetargowego i odnieść się do wątpliwości

zamawiającego co do uzupełnionych oświadczeń i dokumentów.
Podkreślił, że po uzupełnieniu wykazu wykonanych usług i potencjału kadrowego amawiający nie wzywał odwołującego do złożenia wyjaśnień. Skoro zatem zamawiający stwierdził w oparciu o poczynione własne ustalenia, że oświadczenia i dokumenty złożone przez odwołującego zawierają „nieprawdziwe informacje" zobowiązany był do wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w celu umożliwienia odwołującemu odniesienia się do wątpliwości między złożonymi przez odwołującego oświadczeniami i dokumentami a innymi „informacjami" posiadanymi przez zamawiającego.



Nie mógł zatem zamawiający zająć stanowiska, że odwołujący podał nieprawdziwe informacje, gdyż nie dochował należytej staranności w zbadania posiadanych „informacji". A tym bardziej nie można uznać że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje w zakresie oświadczeń i dokumentów tylko dlatego że zrozumiał specyfikację literalnie zgodnie z jej opisem, a nie jak to sobie wyinterpretował zamawiający na etapie badania ofert.
Odwołujący podał prawdziwe informacje co do spełnienia warunku postawionego w siwz, a nie co do późniejszego wyobrażenia i odmiennej interpretacji tego zapisu przez zamawiającego.
Zamawiający nie przedstawił więc żadnych wiarygodnych dowodów, które pozwoliłyby stwierdzić, że odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu, a tym samym złożył w tym zakresie nieprawdziwe informacje. W tym zakresie przywołał wyrok KIO Sygn. akt: KIO 395/14.
Zamawiający nie wskazał jakie nieprawdziwe informacje podał odwołujący; z treści zawiadomienia o wyniku postępowania trudno się tego domyślać. Nie przedstawił też dowodów, na czym świadome i celowe działanie bądź też zaniechanie odwołującego miałoby polegać. Wszystkie uzupełnione przez odwołującego oświadczenia i dokumenty, na podstawie których zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia dotyczące wymaganego doświadczenia są ze sobą spójne, jednoznaczne, nie zawierają żadnych sprzeczności.
Podkreślił, iż nie pozostają one także w sprzeczności z informacjami będącymi wynikiem samodzielnych ustaleń zamawiającego z pominięciem odwołującego.
Wykonawca podał prawdziwe informacje w odniesieniu do warunków, które zamawiający określił w siwz, a nie do warunków które zamawiający określił i wyinterpretował po otwarciu ofert.
Nie sposób domyślić się na czym owo złożenie nieprawdziwych informacji, czy też próba wprowadzenia zamawiającego w błąd przez odwołującego miałaby polegać i w jakim miejscu oferty lub złożonych uzupełnień odwołujący mija się ze stanem faktycznym.
Tym samym zarzut w zakresie złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania należy uznać za nieprawdziwy.
Wobec powyższego wykluczenie w ocenie odwołującego jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust, 2 pkt. 3 ustawy nie znajduje uzasadnienia.
Mając na względzie wszystkie podniesione wyżej argumenty brak jest przesłanek, które by uprawniały zamawiającego do wykluczenia odwołującego z przedmiotowego postępowania.
Ponieważ odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału określone w siwz, stwierdził, iż złożył ważną ofertę, która nie powinna podlegać odrzuceniu na podst. art. 24 ust, 4 ustawy.
Odwołujący podniósł, iż w przypadku prawidłowego, a więc zgodnego przepisami działania zamawiającego, nie doszłoby do wyboru oferty firmy Przedsiębiorstwo Geologiczne S.A. w



Krakowie jako najkorzystniejszej. Na podstawie błędnego zastosowania art. 91 ust. 1 ustawy zamawiający zaniechał wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta odwołującego jest ofertą zgodną z siwz, a zatem ważną i przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

W dniu 16 grudnia 2014r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, przekazując jego kopię i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 18 grudnia 2014r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Przedsiębiorstwo Geologiczne Spółka Akcyjna z siedzibą w

Krakowie, al. Kijowska 16a, wskazując, że jako wykonawca wybrany ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego i utrzymaniu w mocy dotychczasowego wyboru oferty najkorzystniejszej. Zgłoszenie zostało podpisane przez prezesa zarządu i prokurenta ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji zgłaszającego. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.
Zgłaszający odniósł, że jego zdaniem zamawiający nie naruszył przepisów wskazanych w odwołaniu i wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu podniósł, że zamawiający w siwz Rozdział IV ust. 3 pkt. 3.3. warunek 2.2. w zakresie wiedzy i doświadczenia określił warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z którymi to warunkami wymagał wykazania się przez wykonawcę dwoma usługami odpowiadającymi swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania, tj.: wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla terenów osuwiskowych o wartości minimum 300.000,00 zł brutto każda. Wykonawca nie dostarczył zamawiającemu dokumentów, z których można było jednoznacznie stwierdzić, że przedstawiony w zestawieniu zakres prac jest porównywalny do zakresu objętego przedmiotem zamówienia. Zamawiający mając jak się okazało uzasadnione wątpliwości co do dysponowania przez odwołującego niezbędnym zakresem wiedzy i doświadczenia, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień, a następnie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia dokumentów. W wyniku powziętych czynności zamawiający pozyskał informację, że wbrew zapewnieniom odwołującego, nie posiada on jakiegokolwiek doświadczenia w rozpoznawaniu dużych osuwisk skalnych jak również w dokumentowaniu bardzo głębokiego osuwiska w Makowie Podhalańskim.
Nie ma racji odwołujący, że wymaganie przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z dnia 05.12.2014 r. innych dokumentów niż oświadczenia i dokumenty na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest niedopuszczalne z tego powodu, że takiego warunku zamawiający nie postawił w siwz. W tym miejscu powołać się należy na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10.01.2014 r.



---

(KIO 2862/13), w którym wprost wskazano, że zweryfikowaniu zdolności danego wykonawcy do realizacji zamówienia w sposób prawidłowy służy ocena wcześniejszych doświadczeń wykonawcy na polu zawodowym, zdobytych przy wykonywaniu zamówień podobnych, zbliżonych lub tożsamych z przedmiotem zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że: „Badając poziom niezbędnego doświadczenia zamawiający powinien dokonać porównania całości rozwiązania posiadanego u siebie do całości rozwiązania, którego wykonawca doświadczeniem się wykazuje, kierując się kryterium funkcjonalności rozwiązania".
Zamawiający ma zawsze możliwość skorzystania z art. 26 ust. 4 ustawy celem dalszego wyjaśniania sytuacji podmiotowej wykonawcy w postępowaniu. Ewentualne skorzystanie z art. 26 ust. 3 ustawy jest możliwe tylko wtedy, jeżeli zgromadzony materiał nie będzie wystarczający do oceny. Wobec faktu, że odwołujący nie wykazał się wykonaniem dwóch usług odpowiadających swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania, Zamawiający wzywając odwołującego do przedłożenia dalszych dokumentów potwierdzających jego doświadczenia, a następnie wskutek braku wykazania takiego doświadczenia, wykluczając odwołującego z postępowania oraz odrzucając jego ofertę, postąpił w sposób prawidłowy.
Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Dotyczyć to będzie dwóch sytuacji faktycznych Jako pierwszą wymienić należy tę, w której wykonawca wprawdzie przedłożył wymagane przez zamawiającego poprawne oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, lecz wynika z nich, iż nie posiada on wymaganych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału osobowego, technicznego lub zdolności finansowej lub ekonomicznej. Druga z sytuacji abstrahuje od rzeczywistej zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia. Wykonawca nawet posiadający wszelkie wymagane przez zamawiającego przymioty będzie podlegał wykluczeniu, jeżeli nie przedłożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Nie wykazał on bowiem, że warunki spełnia i nie dostarczył wymaganych informacji pozwalających na weryfikację spełniania warunków. Jak zostało zauważone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24.05.2013 r. (KIO 1102/13): „inaczej niż w przypadku uzupełniania dokumentów, proces wyjaśniania może przybrać formę więcej niż jednego zapytania - skoro bowiem po przedłożeniu wyjaśnień

zamawiający ma nadal wątpliwości lub pojawiły się kolejne zagadnienia wymagające wyjaśnienia, to nadal zachodzi okoliczność uprawniająca do wystąpienia o wyjaśnienie treści tych dokumentów".
Odnosząc się z kolei do zarzutu, że zamawiający nie wskazał że osuwisko, w zakresie którego wykonawca miał wykazać się doświadczeniem ma być „podobne" czy też „porównywalne", w tym również do zarzutu braku wskazania w siwz parametrów osuwiska do



porównania, należy wskazać, że postawiona przez odwołującego teza o posługiwaniu się przez zamawiającego w tym zakresie nowymi kryteriami jest zbyt daleko idąca. Nie można, zdaniem zgłaszającego, twierdzić, że zamawiający domagał się od odwołującego spełnienia nowych wymogów, określonych po otwarciu ofert. Podjęte przez zamawiającego działania jedynie zmierzały do ustalenia, czy wykonawca dysponuje niezbędną wiedzą i doświadczeniem, jego wykluczenie natomiast nastąpiło wskutek niespełnienia tego warunku. „Skoro z mocy art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków, o których mowa w ust. 1 winien być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny, to przywoływany warunek należy interpretować w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, aby mógł on zostać uznany za proporcjonalny, tj. bezpośrednio nawiązujący do zdolności wykonawcy do wykonania całego zlecanego zakresu zamówienia" - tak w wyroku KIO z dnia 09.04.2013 r. (KIO 720/13). Nie ulega, w ocenie zgłaszającego, wątpliwości, że w postępowaniu niniejszym taka ocena została dokonana w sposób prawidłowy.

Na rozprawie zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. Zamawiający w uzasadnieniu swojego stanowiska podniósł, że interpretacja treści siwz przy użyciu reguł gramatycznych, znaczeniowych i logicznych nie pozostawia wątpliwości, że wymagał w opisie warunku udziału w postępowaniu „posiadania wiedzy i doświadczenia" wykazania przez wykonawców dwóch uprzednio wykonanych usług odpowiadających swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia.

Osuwisko jest to zjawisko grawitacyjnego przemieszczania się mas ziemnych lub materiału skalnego na zboczach lub na skarpach. Bezpośrednią przyczyną powstawania osuwisk jest działanie siły ciężkości oraz zaburzenie równowagi pomiędzy ciężarem, a siłami spójności i tarcia wewnętrznego. Zjawiska geodynamiczne obejmujące ruchy mas gruntowych mogą występować już na zboczach o nachyleniu kilku stopni. Czynniki warunkujące powstanie ruchu mas ziemi można podzielić na dwie grupy: wewnętrzne i zewnętrzne. Do czynników wewnętrznych należy zaliczyć: budowę geologiczną warunki hydrologiczne oraz morfologię terenu. Do czynników zewnętrznych należy zaliczyć: warunki atmosferyczno-klimatyczne, obciążenie dynamiczne zboczy (np. nasilenie ruchu kołowego) oraz obciążenie statyczne zboczy (np. zabudowa obiektami budowlanymi)3.

Ponadto zamawiający dookreślił, że chodzi o takie usługi, które łączą w sobie wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie dokumentacji geologiczno- inżynierskiej dla terenów osuwiskowych o wartości minimum 300.000 zł brutto każda oraz co najmniej dwóch



usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych z analizą kosztów stabilizacji.

Zgodnie z definicjami legalnymi zawartymi w ustawie z dnia 9 stycznia 2011 r. Prawo geologiczne i górnicze (tj. Dz. U. z 2014 poz. 613 z późn. zm.):

- pracą geologiczną - jest projektowanie i wykonywanie badań oraz innych czynności, w celu ustalenia budowy geologicznej kraju, a w szczególności poszukiwania i rozpoznawania złóż kopalin, wód podziemnych oraz kompleksu podziemnego składowania dwutlenku węgla, określenia warunków hydrogeologicznych, geologiczno-inżynierskich, a także sporządzanie map i dokumentacji geologicznych oraz projektowanie i wykonywanie badań na potrzeby wykorzystania ciepła Ziemi lub korzystania z wód podziemnych;
- robotą geologiczną - jest wykonywanie w ramach prac geologicznych

wszelkich czynności poniżej powierzchni terenu, w tym przy użyciu środków strzałowych, a także likwidacja wyrobisk po tych czynnościach.

Wzór pożądanego przez zamawiającego „Wykazu usług" [Zestawienia wykonanych usług odpowiadających swoim rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia] stanowił załącznik nr4 do siwz.

Odrębną kwestią jest natomiast sposób interpretacji sformułowania, którym posłużył się zamawiający w opisie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, tj.: „usługi odpowiadające swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego zamówienia".

Przepisy prawne nie precyzują co prawda w jaki sposób należy rozumieć "odpowiadające swoim zakresem i rodzajem" w odniesieniu do usług. Zawarta w "Małym słowniku języka polskiego" pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, Z. Łempickiej, Warszawa 1969 definicja określa "rodzaj" jako "coś (ktoś) podobne do czego (kogo). Tym samym przyjąć należy, iż w przypadku zamówienia publicznego żądane doświadczenie winno być wymagane i egzekwowane w stosunku do usług odpowiadających przedmiotowi zamówienia (podobnych, odpowiadających rodzajem i charakterem etc).

Ponadto w świetle dotychczasowego orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej zasadnym jest przyjęcie, iż chodzi tutaj o usługi bądź dostawy, które są adekwatne do przedmiotu zamówienia (np. Wyrok KIO z dnia 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1478/09).

Zgodnie zaś ze słownikiem języka polskiego, pojęcie „adekwatny" oznacza: „odpowiedni, dokładanie czemuś odpowiadający, zgodny z czymś".

Użyte tutaj sformułowanie przez zamawiającego w praktyce było i jest nadal powszechnie stosowane w opisie warunku wiedzy i doświadczenia, gdyż w myśl § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów



dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) w celu potwierdzenia, opisanego przez zamawiającego warunku posiadania przez wykonawcę niezbędnej wiedzy i doświadczenia zamawiający może żądać od wykonawcy wykazu wykonanych usług w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia odpowiadających swym rodzajem i wartością usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiot, dat wykonania i odbiorców oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że dostawy lub usługi te zostały wykonane należycie.

A zatem, dla oceny, czy wskazane przez wykonawców uprzednio wykonane usługi odpowiadają rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia istotny jest ich zakres. Świadczy o tym odwołanie się do przedmiotu zamówienia, a nie do innych jego cech.

Ponadto sformułowanie użyte przez zamawiającego w opisie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia: „usługi odpowiadające swoim zakresem i rodzajem" pozostaje w zgodzie z przepisem art. 22 ust. 4 ustawy, który stanowi, że: *„Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia".*

Związanie z przedmiotem zamówienia oznacza zaś merytoryczny, logiczny, a także uzasadniony związek pomiędzy przedmiotem zamówienia a opisem spełnienia warunku. Niedopuszczalne jest więc sporządzenie opisu, który nie mą związku z przedmiotem zamówienia.

Natomiast proporcjonalność względem przedmiotu zamówienia skutkuje ograniczeniem w stawianiu przede wszystkim wygórowanych wymogów, żądania wykazania zadań o wartości przekraczającej wartość zamówienia. Np. uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 maja 2010 r. sygn. akt. KIO/KU 34/10

Mając powyższe na uwadze, pojęcie "usługi odpowiadające przedmiotowi zamówienia" należy według zamawiającego rozumieć zgodnie z literalnym znaczeniem tego sformułowania - jako usługi adekwatne, porównywalne do przedmiotu zamówienia [mniej więcej takie same, jak przedmiot zamówienia], byleby tylko można było stwierdzić, że dają się w jakiś sposób porównać.

A zatem, w świetle art. 22 ust. 4 ustawy zamawiający w sposób precyzyjny powiązał warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia z charakterem przedmiotu zamówienia, jego wartością, celem i sposobem jego osiągnięcia.

Cytowany opis sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w

opisywanym przetargu nieograniczonym był zatem jasny i klarowny w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszeniu o zamówieniu.

Wykonawcy już od chwili zapoznania się z ogłoszeniem o zamówieniu wiedzieli, jakie skonkretyzowane warunki podmiotowe pozytywne winni spełniać, aby ubiegać się



skutecznie o uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Świadczyć może także o tym fakt, że żaden z potencjalnych wykonawców - także odwołujący, nie zakwestionował opisu sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie skorzystał ze swojego prawa do wniesienia środków ochrony prawnej w tym zakresie.

Zgodnie ze stanem faktycznym, odwołujący wykonawca posłużył się doświadczeniem zdobytym przy realizacji dwóch następujących usług:

- *„Projekt prac i robót geologicznych. Dokumentacja geologiczno- inżynierska dla stabilizacji osuwiska na Wzgórzu Klasztornym w Czeladzi przy ul. Podwalnej, Powiat Będziński, Woj.* Śląskie. *Projekt likwidacji zabezpieczenia i stabilizacji osuwiska z analizą kosztów*
- *Projekt prac i robót geologicznych. Dokumentacja geologiczno- inżynierska na zabezpieczenie osuwiska w Kanadzie Roseland BC. Projekt zabezpieczenia i stabilizacji osuwiska wraz z niezbędnymi wyliczeniami".*

Na powyższą okoliczność odwołujący załączył do złożonej przez siebie oferty w niniejszym przetargu nieograniczonym: „wykaz robót budowlanych" oraz dokumenty potwierdzające, że uprzednio wykonane usługi, o których mowa powyżej zostały wykonane należycie (referencje).

Zamawiający w piśmie nr ZP.PN.14.2014 z dnia 02.12.2014 r. powołując się na przepis art. 87 ust. 1 ustawy wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień do dnia 04.12.2014 r., co do zakresu uprzednio wykonanych dwóch usług, zawartych w ofercie w dokumencie „Wykaz usług" oraz jednocześnie wskazał odwołującemu brak w tym dokumencie wykazania co najmniej dwóch usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych z analizą kosztów stabilizacji.

W odpowiedzi zawartej w piśmie z dnia 03.12.2014 r. odwołujący zakwestionował podstawę prawną na którą zamawiający się powołał w wezwaniu do wyjaśnień [tj. art. 87 ust. 1 ustawy] oraz wyjaśnił lakonicznie, iż posiada wymaganą przez zamawiającego wiedzę i doświadczenie bez podania konkretów w tym zakresie, w szczególności odwołujący nie podał jakichkolwiek danych dot. zakresu dwóch usług zawartych w „Wykazie usług", co uniemożliwiało zamawiającemu prawidłową ocenę spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia.

Ponadto w wyjaśnieniach odwołujący wykazał kolejne dwie usługi wymagane w opisie warunku udziału w postępowaniu, polegające na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych z analizą kosztów stabilizacji, których to usług odwołujący nie wykazał w „Wykazie usług" załączonym do oferty.

Zamawiający podniósł, że błędne wskazanie podstawy prawnej, jak w tym przypadku art. 87 ust. 1 ustawy, podjętej czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pozostaje bez wpływu na jej ważność, skoro treść pisma, w którym



zamawiający artykułuje swoje żądania jest wystarczająco jasna i precyzyjna oraz znajduje umocowanie w przepisie ustawy (np. tak jak w tym przypadku w art. 26 ust. 4 uPzp).

Przy czym, zobowiązanie wykonawcy, statuuje załączony do oferty „Wykaz usług", podpisany przez samego wykonawcę, który wymienia uprzednio wykonane usługi, wymagane w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz. Ponadto wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu („Wykazu usług"), która nie została w nim zawarta.

Dlatego też, zamawiający w piśmie nr ZP.PN.14.2014 z dnia 04.12.2014 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia w terminie do dnia 08.12.2014 r. dokumentów dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia [tj. Wykazu usług oraz dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane należycie].

W dniu 08.12.2014 r. odwołujący uzupełnił dokumenty mające potwierdzić spełnienie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z uzupełnionym „Wykazem usług" [„Zestawieniem wykonanych usług zrealizowanych w ostatnich trzech latach"] odwołujący wykazał następujące uprzednio wykonane usługi:

- Wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie projektu prac i robót geologicznych, dokumentacji geologiczno- inżynierskiej dla osuwiska na Wzgórzu Klasztornym w Czeladzi przy. ul. Podwalnej, Powiat Będziński, Województwo Śląskie o wartości 320.000,00 zł brutto w okresie od 01.2013 r. do 6.2013 r.
- Wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie projektu robót geologicznych oraz dokumentacji geologiczno- inżynierskiej na zabezpieczenie osuwiska w Kanadzie rejon Roseland BC o wartości 400.000,00 zł brutto w okresie od 12.2011 r. do 05.2012 r.
- Projekt likwidacji zabezpieczenia i stabilizacji osuwiska wraz z kosztorysami analizą kosztów znajdującego się na Wzgórzu Klasztornym w Czeladzi przy ul. Podwalnej, Powiat Będziński, Województwo Śląskie w okresie od 07.2013 do 10.2013 r.
- Projekt zabezpieczenia i stabilizacji osuwiska wraz z analizą kosztów dla osuwiska znajdującego się w Kanadzie rejon Roseland w okresie od 5.2012 r. do 9.2012 r.

Ponadto odwołujący załączył dowody [poświadczenia], z których wynika, że ww. usługi zostały wykonane należycie.

Mając na uwadze § 1 ust. 5 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dni 19 kutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od



wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 poz. 231) zamawiający zwrócił się do Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego z wnioskiem o udostępnienie karty dokumentacyjnej osuwiska w Czeladzi, na wykonanie, którego odwołujący się powołał zarówno w pierwotnym, jak i uzupełnionym „Wykazie usług".

Zgodnie z kartą dokumentacyjną osuwiska w Czeladzi [nr ewidencyjny 4345 0] - w posiadaniu której zamawiający się znajduje - parametry morfologiczne tego osuwiska wynoszą:

Ogólne: Powierzchnia - 0,035 ha

Koluwium :Miąższość - 2 m - głębokość płaszczyzny poślizgu

Ponadto z opisu charakterystyki osuwiska w Czeladzi wynika, że: *„Osuwisko zostało utworzone w skarpie wychodni wapieni triasowych, na której posadowiony został mur (ściana oporowa) o wysokości do 6 m i ogrodzenie (balustrada) odgradzająca teren Kościoła PW.* Św. *Stanisława Biskupa Męczennika w Czeladzi. Łączna wysokość skarpy wychodni skalnych i muru oporowego wynosiła w miejscu katastrofy 12,4 m. Skarpa główna jest bardzo wyraźna i osiąga 7 m. Obecnie w strefie skarpy głównej znajduje się część zwietrzeliny i nasypu antropogenicznego. Materiał koluwialny - w formie gruzowiska i rumowiska - przykrywa niższe partie stoku, gdzie widoczne są wyraźnie warstwowane i spękane fragmenty wychodni wapieni triasowych. Czoło koluwium ma wysokość około 2 m".*

[dowód: karta dokumentacyjna osuwiska w Czeladzi nr ewidencyjny 4345 0]

Dla porównania, zgodnie z kartą dokumentacyjną osuwiska w Makowie Podhalańskim [nr ewidencyjny 1215 064] parametry morfologiczne tego osuwiska, będącego przedmiotem niniejszego zamówienia wynoszą:

Ogólne: Powierzchnia - 8,2 ha Koluwium : Miąższość - powyżej 20 m - głębokość płaszczyzny poślizgu

[dowód: karta dokumentacyjna osuwiska w Makowie Podhalańskim nr ewidencyjny 12 15 064]

Na tle tak sformułowanego stanu faktycznego zamawiający powziął wątpliwości, czy usługa dotycząca osuwiska w Czeladzi wykazana przez odwołującego zarówno w pierwotnym, jak i uzupełnionym „Wykazie usług" rzeczywiści spełnia wymagania zamawiającego w zakresie warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania wiedzy i doświadczenia, tj. czy odpowiada ona swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej

przedmiot niniejszego postępowania.



Zamawiający w celu prawidłowej oceny tego zagadnienia zwrócił się o opinię w tej kwestii do Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego, Oddział Karpacki im. Mariana Książkiewicza w Krakowie.

Zgodnie z opinią prof. dr hab. A. W.: *„(...) osuwisko w Czeladzi jest niewielką zerwą (bardzo małym osuwiskiem) i nie może stanowić podstawy do przedłożenia referencji przy dokumentowaniu bardzo głębokiego osuwiska w Makowie Podhalańskim.*

*Można jednoznacznie stwierdzić, że powołanie się na osuwisko o miąższości koluwiów do 2 m w Czeladzi, przy skalnym osuwisku w Makowie mającym ponad 20 m miąższości i o kilkadziesiąt razy większej powierzchni, wskazuje na brak doświadczenia w rozpoznaniu dużych osuwisk skalnych. Osuwisko w Czeladzi może być reprezentatywne dla zabezpieczenia skarp drogowych".*

[dowód: opinia w wersji mail z dnia 09.12.2014 r. oraz potwierdzona opinia w formie pisemnej Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowego Instytutu Badawczego, Oddział Karpacki im. Mariana Książkiewicza w Krakowie z dnia 23.12.2014 r.]

Zgodnie z treścią zdania drugiego art. 26 ust. 3 ustawy złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...)".

Skoro zatem odwołujący pomimo możliwości uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku dot. posiadania wiedzy i doświadczenia w dalszym ciągu tego warunku nie spełnia podlega wykluczeniu z opisywanego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą KIO wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, jest traktowane, jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu, w trybie art. 26 ust. 3 nie jest więc dopuszczalne.

W związku z powyższym zamawiający pismem nr ZP.PN.14.2014 z dnia 11.12.2014 r. zawiadomił odwołującego o jego wykluczeniu z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 i 24 ust. 2 pkt 3 uPzp.

Z otrzymanych przez zamawiającego opinii oraz odpowiedzi Instytucji zatwierdzających opracowaną dokumentację oraz przedzielających środki na realizację zadania w sposób jednoznaczny wynika, że kwota dofinansowania na wykonanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla osuwiska na terenie Rzymsko - Katolickiej Parafii p.w. Św. Stanisława Biskupa Męczennika przy ulicy Ks. Bolesława Pieńkowskiego 1 w Czeladzi, dla osuwiska



zlokalizowanego przy ul. Podwalnej, pomiędzy działką nr 82, a działkami nr 62, 63, 64, 65, 72 - wynosi 80 000 złotych netto, brutto 98 400 złotych, a nie jak wskazał odwołujący się w zestawieniu wykonanych usług zał. nr 4 do siwz - 320 000 złotych brutto, to ewidentnie wskazuje, że postawiony warunek przez zamawiającego dotyczący „wiedzy i doświadczenia" nie został spełniony.

[dowód: Opinie Wojewódzkiego Zespołu Nadzorującego Realizację Zadań w Zakresie Przeciwdziałania Ruchom Osuwiskowym oraz Usuwania Ich Skutków znak: ZKI.6333.1.10.2013 z dnia 11.06.2013 r. i ZKI.6333.1.4.2014 z dnia 31.03.2014 r. oraz odpowiedź Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Warszawie znak: NF/DZG-aa/35330/2014 z dnia 30.12.2014 r.]

W takim stanie rzeczy, skoro odwołujący nie jest zdolny do wykonania niniejszego zamówienia to mógł przykładowo powołać się na zasoby podmiotu trzeciego, o czym mowa w art. 26 ust. 2b ustawy, albo też zawiązać konsorcjum w myśl art. 23 ust. 1 ustawy. Tworzenie konsorcjum sprzyja realizacji ustawowej zasady równości i konkurencyjności opisanej w art. 7 ust. 1 ustawy. Podmioty działające wspólnie mają możliwość kumulacji własnego potencjału technicznego, organizacyjnego, finansowego oraz wiedzy i

doświadczenia w celu lepszej realizacji zamówień publicznych oraz powstawania bardziej konkurencyjnego rynku zamówień publicznych.

Odrębną kwestią jest natomiast, że podmiot: D.D. CONSTRUCTION INC. 4158 Cawthra RD. Mississauga na rzecz którego odwołujący miał rzekomo wykonać nw. dwie usługi zawarte w uzupełnionym „Wykazie usług", tj.:

- Wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie projektu robót geologicznych oraz dokumentacji geologiczno- inżynierskiej na zabezpieczenie osuwiska w Kanadzie rejon Roseland BC o wartości 400.000,00 zł brutto w okresie od 12.2011 r. do 05.2012 r.
- Projekt zabezpieczenia i stabilizacji osuwiska wraz z analizą kosztów dla osuwiska znajdującego się w Kanadzie rejon Roseland w okresie od 5.2012 r. do 9.2012 r.

najprawdopodobniej jest fikcyjny (nieprawdziwy), gdyż firma D.D. CONSTRUCTION INC. nie została zlokalizowana przez Bisnode Polska specjalizującą się m.in. w weryfikacji wiarygodności firm. [dowód: odpowiedź Bisnode Polska]

Odwołujący miał zatem w ocenie zamawiającego wprowadzić go w błąd w celu uzyskania kontraktu - jak miało to miejsce w opisywanym przetargu nieograniczonym - to



zaistniały także przesłanki wykluczenia odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 uPzp.

Otóż wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy ma miejsce wówczas, gdy zostaną spełnione łącznie dwie następujące przesłanki, połączone normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowym:

1. zamawiający musi stwierdzić, że wykonawcę posłużył się w złożonej ofercie nieprawdziwych informacji, jak ma to miejsce w opisywanym przetargu niegraniczonym oraz
2. zamawiający powinien ustalić, że owe nieprawdziwe informacje mają lub mogą mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, jak ma to miejsce w opisywanym przetargu nieograniczonym.

Ponadto przedłożenie stwierdzających nieprawdę dokumentów bądź nierzetelnych oświadczeń, nawet niezależnie od tego czy skutkowałoby one uzyskaniem zamówienia publicznego, stanowi przestępstwo określone w art. 297 § 1 Kk w związku z art. 305 Kk.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**
Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. siwz, wraz z załącznikami, oferty odwołującego, wezwania do wyjaśnień z dnia 2 grudnia 2014r. i udzielonej na to wezwanie odpowiedzi, wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 4 grudnia 2014r. i udzielonej na nie odpowiedzi, pisma, A. K. z dnia 13 grudnia 2014r. oraz karty dokumentacyjnej osuwiska wraz z opinią dotyczącego osuwiska w Czeladzi, informacji o wyniku postępowania.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, że treść siwz w zakresie rozdziału IV pkt. 3.3 jest przez wszystkie strony postępowania znana i niesporna. Sporna jest natomiast wykładnia pojęcia usług odpowiadających swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot niniejszego postępowania tj. wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla terenów osuwiskowych o wartości minimum 300 000 złotych brutto każda oraz co najmniej dwóch usług polegających na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych z analizą kosztów stabilizacji, a także skrótu „tj.”. Spór pomiędzy stronami sprowadza się do tego, czy zamawiający w warunku określił, jakie usługi odpowiadają swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.
Rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie sprowadza się zatem do ustalenia czy jak chce odwołujący, mają to być usługi polegające na wykonaniu prac i robót geologicznych, opracowaniu dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla terenów osuwiskowych bez określenia parametrów osuwiska o wartości minimum 300 000 złotych brutto każda oraz

usługi polegające na opracowaniu koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych z analizą kosztów stabilizacji.
Czy też, jak uważa zamawiający, usługę odpowiadającą zakresowi i rodzajowi przedmiotu zamówienia należy odnosić do opisu przedmiotu zamówienia, a w szczególności do wielkości i innych charakterystycznych parametrów osuwiska, dla którego w niniejszym postępowaniu zamawiający zamawia wykonanie projektu robót geologicznych oraz dokumentacji geologiczno- inżynierskiej zespołu osuwiskowego.
W świetle powyższego Izba uznała, że ustalenia stanu faktycznego, co do brzemienia treści siwz, treści złożonej oferty, jak i wyjaśnień odwołującego i uzupełnienia przez niego dokumentów nie są sporne i w tym zakresie oparła się na twierdzeniach stron wyrażonych w odwołaniu, pismach przygotowawczych oraz oświadczeniach stron złożonych do protokołu, uznając je za kompletne, niesprzeczne i wiarygodne.
Ustalając stan faktyczny przedmiotowej sprawy Izba wzięła pod uwagę treść art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy, który stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:
2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;
3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.
Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, zaś ust. 3 tego artykułu wskazuje, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Wreszcie art. 192 ust. 7 ustawy zakazuje Izbie orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.
Biorąc pod uwagę powyższe wymogi prawa należy stwierdzić, że na zamawiający w informacji o wyniku postępowania ciąży obowiązek podania nie tylko podstawy prawnej, ale i faktycznej, na podstawie, której doszło do dokonania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty. Ustawodawca wskazuje na „podstawę prawną i faktyczną" czynności używając spójnika „i", co świadczy o koniunkcji łącznej, a zatem podstawa prawna i faktyczna czynności zamawiającego są ze sobą nierozerwanie związane i w konsekwencji stanowią podstawę dla oceny przez wykonawcę możliwości wniesienia środków ochrony prawnej. Konsekwencją podanej podstawy prawnej i



faktycznej czynności wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty jest możliwość sformułowania w sposób prawidłowy zarzutów, a te z kolei wyznaczają granice kognicji Krajowej Izby Odwoławczej.

Tym samym nie prawidłowe jest przekonanie zamawiającego prezentowane na rozprawie, że skoro w informacji o wyniku postępowania podał art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy jako podstawę prawną wykluczenia odwołującego, to po przekazaniu tej informacji wykonawcom ma prawo wskazywać nie podane w tej informacji podstawy faktyczne wykluczenia.

Stąd konieczne było ustalenie przez Izbę jaka była rzeczywista podstawa faktyczna i prawna czynności wykluczenia odwołującego z postępowania. Z treści informacji o wyniku postępowania według ustaleń Izby wynika, że zamawiający wskazał, iż przedmiot zamówienia zgodnie z załączoną do specyfikacji kartą osuwiskową nr ewid. 1215064 dotyczy osuwiska o pow. 8,2 ha, a z dołączonych przez odwołującego poświadczeń zamawiający nie mógł jednoznacznie stwierdzić, że powierzchnia, której dotyczą poświadczenia jest porównywalna. W tej sytuacji zamawiający zwrócił się w dniu 09.12.2014 r. do Starostwa Powiatowego w Będzinie o przesłanie decyzji zatwierdzającej dokumentację geologiczno-inżynierską i do Śląskiego Urzędu Wojewódzkiego w Katowicach o kartę osuwiskową wraz z opinią dla osuwiska w Czeladzi. Wskazane wyżej dokumenty zamawiający otrzymał:
1) Decyzję Starosty Będzińskiego zatwierdzająca „Dokumentację geologiczno-

inżynierską dotyczącą określenia warunków geologiczno-inżynierskich dla stabilizacji osuwiska nr 43450 na wzgórzu klasztornym w Czeladzi przy ul. Podwalnej powiat będziński, województwo śląskie" wykonaną w styczniu 2014 r. przez mgr A. K. (nr uprawnień VII-1145) z Zakładu Usług Geologiczno-Geotechnicznych A. K. w Warszawie.
2) Kartę dokumentacyjną osuwiska wraz z opinią nr ewid. 43450 opracowaną przez Państwowy Instytut Geologiczny-Państwowy Instytut Badawczy Oddział Górnośląski. Następnie otrzymaną kartę osuwiskową o nr ewid. 43450 dla lokalizacji Czeladź ul. Podwalna przesłał do Państwowego Instytutu Geologicznego - Państwowy Instytut Badawczy w Krakowie o opinię czy zakres badań, wierceń, wymaganych opracowań (projektu robót geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej) dla zespołu osuwiskowego w Makowie Podhalańskim opisanego w karcie dokumentacyjnej wykonanej przez Państwowy Instytut Geologiczny w Krakowie nr ewid. 1215064 nr roboczy 89, jest porównywalny do osuwiska opisanego w karcie osuwiskowej nr 43450 w Czeladzi, wykonanej przez Państwowy Instytut Geologiczny - Państwowy Instytut Badawczy Oddział Górnośląski. Informacja jaką otrzymał Zamawiający jednoznacznie stwierdza, że:



- osuwisko w Czeladzi jest niewielką zerwą i nie wskazuje na jakiekolwiek doświadczenie w dokumentowaniu bardzo głębokiego osuwiska w Makowie Podhalańskim. Powoływanie się na osuwisko o miąższości koluwiów do 2 m w Czeladzi, przy skalnym osuwisku w Makowie Podhalańskim mającym ponad 20 m miąższości i o kilkadziesiąt razy większej powierzchni, wskazuje na brak doświadczenia w rozpoznaniu dużych osuwisk skalnych. Osuwisko w Czeladzi może być reprezentowane dla zabezpieczania skarp drogowych.
Otrzymane informacje i dokumenty pozwalają zamawiającemu jednoznacznie stwierdzić, iż załączony przez odwołującego do oferty w załączniku nr 4 w pozycji pierwszej zestawienia wykaz wykonanych usług nie potwierdza spełnienia przez wykonawcę tzw. „warunków pozytywnych" określonych przez zamawiającego w oparciu o treść art. 22 ust. 1 ustawy i tym samym odwołujący w złożonej ofercie nie spełnił warunków postawionych przez zamawiającego w SIWZ, dlatego zamawiający wykluczył z postępowania Firmę P.P.H.U. „GUARD" Biuro Inżynieryjno-Architektoniczne M. M., ul. Glogera 15, 42-217 Częstochowa, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w prowadzonym postępowaniu. Ofertę Wykonawcy uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy.
Z powyższych ustaleń według Izby wynika jednoznacznie, że zamawiający za stan faktyczny legły u podstaw wykluczenia uważał, to, że pozycja wykazu usług dotycząca „Wykonania prac i robót geologicznych, opracowania projektu prac i robót geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla osuwiska na Wzgórzu Klasztornym w Czeladź przy ul. Podwalnej powiat będziński woj. śląskie" (W skład przedmiotowego zamówienia wchodziło wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla terenów osuwiskowych - usługa odpowiadała swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia.) o wartości 320 000 zł brutto w okresie 01.2013-06.2013 w miejscowości Czeladź nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu z uwagi na to, że osuwisko, którego usługa dotyczyła nie ma porównywalnej głębokości, powierzchni i miąższości. Zamawiający w oświadczeniu o tym, że usługa odpowiadała swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia upatrywał zatem złożenia nieprawdziwych informacji. Z żadnego elementu informacji o wyniku postępowania nie wynika, że podstawą faktyczną wykluczenia odwołującego było nie wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu za pomocą pozostałych 3 usług wskazanych w wykazie przez odwołującego uzupełnionym na wezwanie zamawiającego, ani też, że składając oświadczenie co do tych usług odwołujący złożył nieprawdziwe informacje. Zamawiający nie wskazywał także, że nieprawdziwej informacji upatruje w informacji o wartości zrealizowane zamówienia na wykonanie prac i robót geologicznych, opracowanie projektu prac i robót



geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla osuwiska na Wzgórzu Klasztornym w Czeladź przy ul. Podwalnej powiat będziński woj. śląskie. Tym samym te

okoliczności nie mogły stać się podstawą zarzutów odwołania, gdyż nie były one podane do wiadomości odwołującego w informacji o wyniku postępowania.
W konsekwencji powyższego ustalenia Izba uznała, że zarzuty odwołania dotyczą wyłącznie dokonanej przez zamawiającego oceny niespełniania przez usługę „Wykonania prac i robót geologicznych, opracowania projektu prac i robót geologicznych, dokumentacji geologiczno-inżynierskiej dla osuwiska na Wzgórzu Klasztornym w Czeladź przy ul. Podwalnej powiat będziński woj. śląskie" warunku wiedzy i doświadczenia w sposób opisany w pkt. 3.3 rozdziału IV siwz i złożenia w tym zakresie nieprawdziwych informacji przez odwołującego, że ta usługa spełnia postawiony warunek.
Ustalając zaś stan faktyczny co do wykładni oświadczenia zamawiającego złożonego w pkt. 3.3. rozdziału IV siwz, Izba przede wszystkim ustaliła, że w pkt. 3.3. zamawiający wymaga usług odpowiadających zakresem i rodzajem usłudze będącej przedmiotem zamówienia i w tym pkt. zamawiający wymienia, co ma się składać na taką usługę – wykonanie prac i robót geologicznych i opracowanie dokumentacji geologicznej – inżynieryjnej ze wskazaniem, że usługa ta nie może obejmować dowolnych robót, prac geologicznych czy dowolnej dokumentacji geologiczno – inżynieryjnej, ale takiej, która dotyczy określonego rodzaju terenów tj. terenów osuwiskowych. Z literalnego brzmienia warunku nie wynika, że zamawiający ukształtował szczególne wymagania, co do właściwości takich terenów osuwiskowych, jak ich powierzchnia, głębokość, czy miąższość. Z pkt. 3.3. nie wynika także, że dla oceny własnej zdolności udziału w postępowaniu wykonawca jest zobowiązany przed podjęciem decyzji o udziale w postępowaniu zapoznać się z treścią karty dokumentacyjnej osuwiska wraz z opinią nr ewid 12 15-064. Izba wzięła również pod uwagę treść pkt. 3.4. tegoż rozdziału, gdzie zamawiający określił swoje wymagania dotyczące potencjału kadrowego i wskazał, że wymaga dysponowania co najmniej dwoma osobami o potwierdzonych kwalifikacjach do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi o kategorii VI lub kategorii VII, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 19 czerwca 2006 r. w sprawie kategorii prac geologicznych, kwalifikacji do wykonywania, dozorowania i kierowania tymi pracami oraz sposobu postępowania w sprawach stwierdzenia kwalifikacji (Dz. U z dnia 19 czerwca 2006 nr 124 poz. 865), którzy opracowali po dwie dokumentacje geologiczno-inżynierskie dla osuwisk o powierzchni 8 ha lub więcej oraz co najmniej jedną osobą posiadającą uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, która opracowała minimum dwie koncepcje stabilizacji terenów osuwiskowych - Zamawiający określając ww. wymogi dopuszcza odpowiadające im uprawnienia wydane Obywatelom państw europejskiego obszaru gospodarczego oraz Konfederacji Szwajcarskiej, zgodnie z ustawą z



dnia 18 marca 2008 r. o zasadach uznawania kwalifikacji zawodowych nabytych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz. U. z 2008 r. nr 63 poz. 394). Zestawiając to wymaganie z wymaganiem z pkt. 3.3. Izba zwróciła uwagę na to, że w pkt. 3.3. zarówno usług wykonania prac i robót geologicznych, opracowania dokumentacji geologiczno – inżynierskiej jak i dla usług opracowania koncepcji stabilizacji z analizą kosztów stabilizacji zamawiający konsekwentnie posługuje się pojęciem „tereny osuwiskowe" używając liczby mnogiej oraz bez bliższego określenia powierzchni, głębokości czy miąższości takich terenów.
Natomiast w pkt. 3.4. dla osób o potwierdzonych kwalifikacjach do wykonywania, dozorowania i kierowania pracami geologicznymi o kategorii VI lub kategorii VII, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 19 czerwca 2006 r. w sprawie kategorii prac geologicznych, kwalifikacji do wykonywania, dozorowania i kierowania tymi pracami oraz sposobu postępowania w sprawach stwierdzenia kwalifikacji (Dz. U z dnia 19 czerwca 2006 nr 124 poz. 865) wyraźnie, literalnie wprost wymaga wykazania się doświadczeniem w opracowaniu dwóch dokumentacji geologiczno-inżynierskie dla osuwisk o powierzchni 8 ha lub więcej, zaś dla osoby posiadającej uprawnienia budowlane do pełnienia samodzielnej funkcji projektanta w specjalności konstrukcyjno-budowlanej, zamawiający ponownie jak w pkt. 3.3. domaga się wykazania doświadczeniem w opracowaniu minimum dwóch koncepcji stabilizacji terenów osuwiskowych.
Z analizy powyższych postanowień siwz w ocenie Izby należy ustalić, że zamawiający potrafi sformułować warunek odnoszący się bezpośrednio do oczekiwanych przez niego parametrów osuwiska - w pkt. 3.4. parametru powierzchni. Izba ustaliła zatem, że brak dookreślenia parametru terenów osuwiskowych w siwz nie jest rozumiany jako tereny

osuwiskowe o powierzchni co najmniej 8 ha, w przeciwny bowiem razie nie da się logicznie wywieść, w jakim celu od geodety kategorii VI lub kategorii VII wskazuje się na osuwisko o powierzchni 8ha lub większej. Gdyby zamawiający konsekwentnie przyjmował, że wszystkie pojęcia „tereny osuwiskowe" odnoszą się do osuwiska o powierzchni 8 ha lub większej nie czyniłby takie zastrzeżenia w pkt. 3.4.
W ocenie Izby zatem odwołujący prawidłowo ustalił stan faktyczny w niniejszym postępowaniu przyjmując, że zamawiający nie wymagał w pkt. 3.3. siwz wykazania się określoną tak usługą dotyczącą terenu osuwiskowego o powierzchni 8 ha. Nawet jeśli zamawiający miał zamiar postawić takie wymaganie, to nie daje się ono bez jakichkolwiek wątpliwości wywieść z treści siwz, a co za tym idzie, wymaganie przez zamawiającego nie wyartykułowane w siwz nie może być następnie egzekwowane na etapie po upływie terminu składania ofert.
W tym stanie rzeczy dowody przedłożone przez zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie w postaci: karty dokumentacyjnej osuwiska wraz z opinią nr ewid 4345 0, karty



---

dokumentacyjnej osuwiska wraz z opinią nr ewid 12 15 - 064, korespondencji elektronicznej pomiędzy zamawiającym, a prof. Dr hab. A. W. z dnia 9 grudnia 2014r. oraz opinii Państwowego Instytutu Geologicznego Państwowego Instytutu Badawczego Oddział Karpacki im. Mariana Książkiewicza w Krakowie nie służą udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia, albowiem dotyczą one parametrów terenów osuwiskowych wykazanych przez odwołującego jako jego doświadczenie i będących przedmiotem usługi zamawianej w niniejszym postępowaniu przez zamawiającego, a jak Izba ustaliła powyżej w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający nie podał parametrów terenów osuwiskowych na których wykonywana usługa powoływana jako doświadczenie wykonawcy miałaby być wykonywana.

Izba uznała także za nie mające znaczenia dla rozstrzygnięcia dowody w postaci opinii Wojewódzkiego Zespołu Nadzorującego Realizację Zadań w Zakresie Przeciwdziałania Ruchom Osuwiskowym oraz Usuwania Ich Skutków z dnia 11 czerwca 2013r., opinię Wojewódzkiego Zespołu Nadzorującego Realizację Zadań w Zakresie Przeciwdziałania Ruchom Osuwiskowym oraz Usuwania Ich Skutków z dnia 31 marca 2014r.pisma Narodowego Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej z dnia 30 grudnia 2014r. oraz korespondencji elektronicznej od firmy Bisnode Polska do zamawiającego z dnia 7 stycznia 2015r., gdyż ani w ramach informacji o wyniku postępowania nie były przedmiotem ustaleń stanu faktycznego przez zamawiającego wartość usługi wykazanej przez odwołującego w pozycji 1 wykazu uzupełnionego, ani fakt istnienia lub nieistnienia firmy DD Construction z siedzibą w Kanadzie. Tym samym okoliczności te nie były objęte zarzutami odwołującego, a w konsekwencji nie mogły być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.
**Izba zważyła co następuje:**
Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.
Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący miał interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę z niższą ceną niż oferta wybrana i nie można bez oceny ofert jednoznacznie stwierdzić, ze odwołujący, gdyby jego oferta podlegała ocenie nie zostałby skwalifikowany na niższej pozycji niż oferta wybrana. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji przedmiotowego zamówienia. Przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy została wypełniona.



---

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 24 ust. 2 pkt 3 ustawy przez bezpodstawne wykluczenie będące wynikiem nieuprawnionego przyjęcia, że odwołujący złożył nieprawdziwe informacje w postępowaniu
Zarzut potwierdził się. Art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy stanowi o obowiązku zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające lub

mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Izba uznała, ze zamawiający nieprawidłowo zastosował ten przepis ustawy, albowiem zastosował go w odniesieniu do oświadczenia, odwołującego, że usługa wykazana w pozycji 1 wykazu uzupełnionego odpowiadała swoim zakresem i rodzajem usłudze stanowiącej przedmiot zamówienia przyjmując, że oświadczenie to dotyczy parametrów osuwiska, podczas gdy odwołujący w rzeczywistości jak sam przyznał na rozprawie składał to oświadczenie jedynie w odniesieniu do zakresu usługi tj. wykonania prac i robót geologicznych oraz dokumentacji geologiczno-inżynieryjnej oraz wartości kontraktu jaki zawarł z ówczesnym zamawiającym, które w jego ocenie odpowiadały wymaganiom dotyczącym usługi określonej w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W tym stanie rzeczy nie sposób było uznać, że odwołujący złożył oświadczenie dotyczące właściwości osuwiska którego dotyczyła usługa i że oświadczył, że to osuwisko miało parametry podobne jak osuwisko opisane przez zamawiającego w przedmiocie zamówienia. Odwołujący konsekwentnie stał na stanowisku, że nie miał obowiązku w świetle treści postawionego warunku wykazywać parametrów osuwiska i w tym zakresie nie składał oświadczeń, zatem nie można uznać, że kwestionowane przez zamawiającego oświadczenie odwołującego stanowi nieprawdziwą informację w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. W tym stanie rzeczy zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy do ustalonego przez siebie stanu faktycznego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez jego błędną wykładnię i wadliwe zastosowanie, będące wynikiem nieuprawnionego przyjęcia, że odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu

Zarzut potwierdził się. Przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy stanowi o obowiązku zamawiającego wykluczenia z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba ustaliła, że zamawiający nie postawił wymagań dotyczących parametrów terenów osuwiskowych dla których ma być wykazane doświadczenie w wykonaniu prac i robót geologicznych oraz dokumentacji geologiczno-inżynieryjnej, a konsekwencji nie miał podstaw do przyjęcia, że doświadczenie dla terenów osuwiskowych o parametrach innych niż opisane w karcie dokumentacyjnej osuwiska nr ewid 12 15-064 nie stanowi udokumentowania posiadanego doświadczenia



---

odpowiadającego postawionemu przez zamawiającego warunkowi. W tym stanie rzeczy należało uznać, że zamawiający nieprawidłowo zastosował normę art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy naruszając ten przepis przez wykluczenie odwołującego z postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art 24 ust. 4 ustawy przez błędną kwalifikację, będącą wynikiem nieuprawnionego przyjęcia że oferta odwołującego podlega odrzuceniu

Zarzut potwierdził się. Norma art. 24 ust. 4 ustawy nakazuje uznać zamawiającemu ofertę wykonawcy wykluczonego z postępowania za odrzuconą. Skoro zarzuty naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy potwierdziły się i w powołany w informacji o wyniku postępowania stanie faktycznym i prawnym, zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, to nie mógł także prawidłowo zastosować art. 24 ust. 4 ustawy odrzucając ofertę odwołującego z postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy przez jego niezastosowanie polegające na prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w sposób, który nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

Zarzut potwierdził się. Art. 7 ust. 1 ustawy stanowi zasadę postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nakazującą zamawiającemu przeprowadzenie postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający stosując w sposób nieprawidłowy art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz ust. 4 ustawy pozbawił odwołującego równych szans na ubieganie o uzyskanie przedmiotowego zamówienia opierając się własne przekonanie, co do treści dokonanego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, które nie znalazło odzwierciedlenia w literalnym brzemieniu postawionego warunku. Takie działanie zamawiającego stało w sprzeczności z zasadą wynikającą z art. 7

ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez zaniechanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, pomimo, iż oferta odwołującego jest ofertą zgodną z specyfikacją istotnych warunków zamówienia (dalej siwz) i przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert.

Zarzut potwierdził się art. 91 ust. 1 ustawy nakazuje zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów określonych w siwz. Do oceny ofert powinna zaś być dopuszczona każda oferta, która nie podlega odrzuceniu. W świetle zatem ustalenia



przez Izbę, że stan faktyczny powołany przez zamawiającego w informacji o wyniku postępowania nie dawał mu podstaw do wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, to oferta ta została pominięta przez zamawiającego przy ocenie ofert, co stanowi o naruszeniu art. 91 ust. 1 ustawy przez zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 lit. 1 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) obciążając zamawiającego kosztami postępowania i zobowiązując go do zwrotu kosztów poniesionych przez odwołującego w postaci uiszczonego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego wykazanych złożoną do akt postępowania fakturą w wysokości maksymalnej dopuszczonej przez rozporządzenie.

**Przewodniczący: ……**