

WYROK
z dnia 30 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **17 grudnia 2010 r.** przez **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski, ul. Chrobrego 14, 68-100 Śagań**, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz**,

przy udziale wykonawców:

- a) **Zakład Sprzątania Wnętrz MOP 83 Józef Jankowski Sp. z o.o., ul. Szafirowa 7a, 82-310 Gronowo Górne,**
- b) **Impel Cleaning Sp. z o.o., ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław,**
- c) **SOEN Sp. z o.o., ul. M. C. Skłodowskiej 6/7, 86-300 Grudziądz**

zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w elemencie 1, elemencie 8, elemencie 12, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w elemencie 1, elemencie 8, elemencie 12, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w elemencie 1, elemencie 8, elemencie 12,

1

-
2. kosztami postępowania obciąża **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz** i nakazuje:

- 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez

ul. Przedsiębiorstwo

Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski,
Chrobrego 14, 68-100 Śagań tytułem wpisu od odwołania,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Rejonowy Zarząd Infrastruktury, ul. Podchorążych 33, 85-915 Bydgoszcz** na rzecz **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski, ul. Chrobrego 14, 68-100 Śagań** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Bydgoszczy.

Przewodniczący:

.....

2

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „usługa kompleksowego utrzymania czystości”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 października 2010 r. pod nr 2010/S 202-308255.

Pismem z 10 grudnia 2010 r., przesłanym w tym samym dniu pocztą elektroniczną, zamawiający zawiadomił Wiesława Bąkowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą jako Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „CERBER” Wiesław Bąkowski, ul. Chrobrego 14, 68-100 Śagań, zwanego dalej „odwołującym” o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez:

- a) Impel Cleaning sp. z o.o. we Wrocławiu w części I, IV, V, VIII, IX, X, XI, XII i XV,
- b) wykonawcę P.W. Dompol, ul. Hallera 17/19, 86-300 Grudziądz w części II,
- c) wykonawcę MOP 83 sp. z o.o. w Gronowie Górnym w częściach III, XIV, XVII,
- d) wykonawcę SOEN sp. z o.o. w Grudziądzu w częściach VII, XIII, XVI,
- e) wykonawcę Dozorbud sp. z o.o. w Legnicy w części XVIII.

Jednocześnie zamawiający tym samym pismem zawiadomił odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

Wobec czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu oraz czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący wniósł w dniu 17 grudnia 2010r. odwołanie. W odwołaniu tym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
- 2) naruszenie art. 29 ust. 3 ustawy Pzp poprzez opisanie zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję,
- 3) naruszenie art. 7 ustawy Pzp,
- 4) naruszenie art. 6 Kodeks Cywilny - poprzez zaniechanie przytoczenia dowodów, przesłanek na jakich uznał, iż odwołujący nie dokonał wizji lokalnych,
- 5) zaniechanie pełnego uzasadnienia podstaw faktycznych i prawnych o wykluczeniu oferenta z przetargu,
- 6) nierówne traktowanie firm i ograniczanie konkurencji,
- 7) zaniechanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego w częściach I, II, V, VIII, XII, XIV, XV, XVI.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zadaniach I, II, V, VIII, XII, XIV, XV, XVI,
- 3) uznanie, że oferta złożona przez odwołującego odpowiadała wymogom SIWZ oraz z ostrożności procesowej przywrócenia terminu składania wyjaśnień na wezwanie zamawiającego,
- 4) nakazanie równego traktowania wykonawców w postępowaniu o zamówienie publiczne jak też uzasadnienie prawne i faktycznej decyzji o wykluczenia oferenta z przetargu,
- 5) dokonania ponownej oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący argumentował, że zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania wskazując jako podstawę prawną swej decyzji przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wskazywał, że zamawiający w swoim piśmie nie uzasadnił w pełni podstaw prawnych i faktycznych wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, co utrudnia odwołującemu ustosunkowanie się do stanowiska zamawiającego.

Zwracał uwagę, że zamawiający w dniu 26 listopada 2010 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej dla zadania XII, a ponadto zażądał, aby odwołujący wyjaśnił kiedy oraz kto ze strony odwołującego dokonał wizji lokalnej. Podnosił, że zamawiający opisując w SIWZ wymóg dotyczący obowiązku przeprowadzenia wizji lokalnej i złożenia w tym zakresie oświadczenia nie żądał potwierdzenia u konkretnych osób faktu dokonywania przez wykonawcę wizji lokalnych. Ponadto wskazywał, że żądanie zamawiającego jest sprzeczne ustawą Pzp oraz z przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.

Wskazywał, że zamawiający wbrew przepisowi art. 6 Kodeksu Cywilnego, nie przedstawił dowodów na potwierdzenie swego stanowiska, że złożone przez odwołującego oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej są nieprawdziwe. Wskazywał, że przedstawiciel odwołującego Waldemar P. dokonał odbioru jakości wykonania usług w miesiącu listopadzie 2010 r. za miesiąc październik, co oznacza, iż był obecny na terenie jednostki, na dowód czego załączał protokół odbioru prac.

Wskazywał ponadto, że oświadczenie wykonawcy o wizji lokalnej zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie stanowi treści oferty. Pozostali wykonawcy podobne wycenili koszt wykonania usług w poszczególnych zadaniach, tak więc odwołujący prawidłowo przygotował swoje oferty, a zamawiający nie wykazał, iż domniemany brak wizji lokalnych wpłynął na prawidłowość wyceny.

4

W dalszej części odwołania odwołujący podkreślał, że zamawiający w dniu 7 grudnia 2010 r. za pośrednictwem faksu przesłanego około godziny 15 wezwał odwołującego do uzupełniania określonych dokumentów, jednocześnie zakreślając termin udzielenia odpowiedzi do dnia 9 grudnia 2010 r., co w ocenie odwołującego oznacza, że zamawiający świadomie narzucił wykonawcy krótki czas na przesłanie żądanych dokumentów. Wskazywał, że odwołujący w dniu 8.12.2010 r. przesłał odpowiedź na wezwanie zamawiającego faksem a także pocztą z gwarancją dostarczenia do godziny 15 w dniu 9 grudnia 2010 r.

Argumentował, że w zamawiający w swej decyzji o wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu nie wskazał kiedy faktycznie otrzymał wskazane przesyłki co rodzi podejrzenie, iż otrzymał je w terminie. Podnosił, iż zamawiający swym działaniem naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, albowiem termin wyznaczony przez zamawiającego na uzupełnienie dokumentów powinien być „wystarczający” - to znaczy taki, aby wszyscy wykonawcy byli obiektywnie zdolni do dostarczenia brakujących dokumentów. Wyznaczenie zbyt krótkiego terminu należy uznać za nieprawidłowe wykonanie obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zaś zamawiający powinien powtórzyć wezwanie w sposób prawidłowy w celu przywrócenia postępowania do stanu zgodnego z prawem. Wyznaczony termin winien uwzględniać realne możliwości dostarczenia przesyłek pocztą.

Podnosił również, że zamawiający dla zadań II, V, XIV, XVI odmówił uznania przedstawionych dokumentów w tym faktur, umów, protokołów odbioru jako dokumentów potwierdzających posiadanie przez odwołującego doświadczenia w wykonywaniu usług dla powyższych zadań. Jednocześnie zamawiający nie uzasadnił jakie dokumenty przyjął, dlaczego innych nie uznał i w jakich pozycjach. Odwołujący nie zna przyczyn nie uznania np. referencji i doświadczenia uzyskanego przy wykonywaniu usług dla RZI Szczecin, gdzie wykonywano w ramach jednej umowy zadania w 3 WAK na łączną kwotę nie mniej niż 758000 zł, co udokumentowano kopią umowy dla tego zadania itd. Ponadto zamawiający najprawdopodobniej nie uznał referencji z RZI Zielona Góra, gdzie wykonywano usługi na kwoty nie mniejsze niż odpowiednio 615000 zł oraz 623000 zł, faktur Uniwersytetu Wrocławskiego na kwotę nie mniejszą niż 18000000 zł. W wcześniejszych swoich pismach zamawiający argumentował, iż wymagane doświadczenie winno zawierać się w okresie ostatnich 3 lat od dnia umieszczenia zamówienia. Odwołujący wskazywał, że zgodnie z wolą ustawodawcy zakres doświadczenia winien zawierać się maksymalnie w ostatnich 3 latach ale dla daty zakończenia zamówienia, a nie całości jego wykonania. Zamawiający wymagał, aby usługi zostały we wskazanym trzyletnim okresie wykonane, powtarzając zapisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być

5

składane. Użycie czasu przeszłego dokonanego w słowie „wykonane” jednoznacznie wskazuje, że w terminie trzech lat przed upływem składania ofert wykonanie usługi powinno zostać zakończone. Nie sposób uznać, aby intencją Rady Ministrów (a zapis SIWZ jest zgodny z brzmieniem powołanego rozporządzenia Rady Ministrów) było postawienie wymogu, aby w okresie trzech lat mieścił się cały okres od rozpoczęcia do zakończenia wykonywania usługi. Taka interpretacja spowodowałaby wykluczenie z postępowań wykonawców,

wykonujących usługi długoterminowe, o okresach wykonywania dłuższych niż 3 lata, co w sposób oczywisty byłoby sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców). Odwołujący argumentował ponadto, że zamawiający przy ocenie ofert wymagał przedstawienia załącznika nr 4 do SIWZ, lecz nie załączył wzoru tego załącznika, podając jakie ogólne informacje jakie wykonawca jest obowiązany przedstawić. Natomiast przy ocenie ofert zażądał w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów przygotowania nowych załączników oddzielnie dla każdego zadania.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, protokół postępowania, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwania zamawiającego kierowane do odwołującego w trakcie badania i oceny ofert odwołanie, odpowiedzi na ww. wezwania przesyłane przez odwołującego, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, a także złożone w trakcie rozprawy dokumenty skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, a także iż może ponieść szkodę.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

6

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskutek wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu wobec złożenia przez niego nieprawdziwych informacji mających wpływ lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż zarzut ten dotyczył elementu (zadania) I, II, V, VIII, XI, XII, XIV, XV, XVI przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, albowiem zamawiający w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykluczył go z udziału we wskazanych częściach.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż zamawiający w części III SIWZ (warunki udziału w postępowaniu), w pkt 2 (oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców) w ppkt 2.4, zawarł postanowienie, zgodnie z którym: „wykonawca zobowiązany jest dokonać wizji lokalnej obiektów i terenów, na których wykonywane będą usługi będące przedmiotem zamówienia. Do oferty wykonawca zobowiązany jest załączyć oświadczenie o dokonaniu ww. wizji na każdy element, na który złoży ofertę w postępowaniu”.

Po trzecie Izba ustaliła, iż odwołujący wraz z ofertą złożył oświadczenia dotyczące dokonania wizji lokalnej dla części zamówienia I, II, V, VIII, XI, XIV, XV, XVI, zaś w wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia oświadczenia – również oświadczenie dotyczące dokonania wizji lokalnej dla części zamówienia XII.

Izba ustaliła ponadto, iż w dniu 10.12.2010 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu w części I, II, V, VIII, XI, XII, XIV, XV, XVI na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej. W uzasadnieniu swojej decyzji zamawiający wskazał, że „odwołujący podał nieprawdziwe informacje dotyczące dokonania wizji lokalnej, które miały wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje na wstępie, iż zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie

zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Tym samym aby doszło do konieczności wykluczenia wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp informacje złożone przez wykonawcę muszą być nieprawdziwe, a po drugie informacje te muszą mieć wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania.

7

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że złożenie przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie oświadczenia o dokonaniu przez wykonawcę wizji lokalnej lub zaniechanie jego złożenia nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania.

Izba stwierdza w ślad za dotychczasowym orzecznictwem w tym zakresie, iż nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku dokonania wizji lokalnej narusza wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez zaniechanie prawidłowego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający obciąża bowiem w ten sposób wykonawców wykonaniem swego ustawowego obowiązku wymagając, aby informacje niezbędne do przygotowania oferty uzyskali w czasie wizji lokalnej. Tymczasem przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zobowiązuje jednoznacznie zamawiającego do dokonania opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Informacje niezbędne do prawidłowego przygotowania oferty winny być zamieszczone przez zamawiającego w SIWZ i dostępne wszystkim wykonawcom na równych zasadach. Właściwym działaniem zamawiającego winno być pozostawienie możliwości dokonania wizji wyborowi wykonawców jako czynności pomocniczej przy przygotowaniu oferty a nie mającej wpływu na jej formalną ocenę, oraz zamieszczenie w SIWZ, co najmniej podstawowych informacji niezbędnych do prawidłowego przygotowania (wycenienia) oferty.

Izba stwierdziła jednakże, że termin do wniesienia odwołania wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia upłynął, co spowodowało wygaśnięcie prawa do kwestionowania tej czynności zamawiającego. Zgodnie z znajdującym zastosowanie w niniejszej sprawie przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec postanowień SIWZ wnosi się w terminie 10 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej. SIWZ została zamieszczona na stronie internetowej w dniu 16 października 2010 r., a zatem 10 dniowy termin na kwestionowanie tej czynności upłynął w dniu zaś odwołanie zostało wniesione w dniu 17 grudnia 2010 r.

Wobec powyższego, w celu ustalenia, czy złożenie nieprawdziwego oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania koniecznym było ustalenie, czy i jakie skutki należy wiązać z niezłożeniem oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej, którego jednak zamawiający, wbrew przepisowi art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, zażądał w niniejszym postępowaniu. Wymagało to ustalenia charakteru dokumentu jakim jest oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej, albowiem ustawa Pzp łączy z niezłożeniem dokumentów różne skutki prawne, uzależnione właśnie od charakteru tych dokumentów.

8

Z postanowień SIWZ można wywnioskować, że oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej zamawiający traktował jako oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Wymóg złożenia omawianego oświadczenia zamawiający sformułował bowiem w części III SIWZ (warunki udziału w postępowaniu), w pkt 2 (oświadczenia i dokumenty wymagane od wykonawców). Ponadto o przypisaniu takiego charakteru temu oświadczeniu świadczy zachowanie zamawiającego, który w sytuacji niezłożenia oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej wzywał wykonawców do uzupełnienia takiego oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Pogląd taki jest chybiony.

W myśl art. 25 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu

(art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) albo przez oferowane dostawy usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego (art. 25 ust. 1 zd. 2 ustawy Pzp) zamawiający wskazuje w SIWZ. Odpowiednie regulacje dotyczące oświadczeń i dokumentów podmiotowych i przedmiotowych jakich może żądać zamawiający określa rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Ww. akt prawny ustala w § 1 i 2 zamknięty katalog dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (tzw. dokumentów podmiotowych) oraz w § 5 – otwarty katalog dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego (tzw. dokumentów przedmiotowych). Oświadczenie i dokumenty przedmiotowe generalnie potwierdzają, iż oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy... etc..., spełniają wymagania zamawiającego określone w SIWZ i nie odnoszą się przy tym bezpośrednio do proponowanego sposobu wykonania zamówienia, co odróżnia je od dokumentów odnoszących się bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, dookreślających i uszczegóławiających jego zakres czy sposób wykonania, które są co do zasady są w znaczeniu zarówno materialnym, jak i formalnym, częścią oferty rozumianej jako oświadczenie woli wyrażające zobowiązanie do określonego wykonania zamówienia.

W ocenie Izby oświadczenie o przeprowadzeniu wizji nie odnosi się do właściwości podmiotowych wykonawcy, wskazanych w art. 22 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, nie potwierdza zatem spełnienia warunków udziału stawianych wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia i nie może być uznane zatem za oświadczenie o charakterze podmiotowym. Zamknięty katalog takich dokumentów określa § 1 i 2 ww. Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r., nie wymieniając wśród nich takiego oświadczenia. Brak jest również podstaw do uznania, że potwierdza ono spełnianie przez oferowane usługi wymagań

9

zamawiającego – nie stanowi dokumentu o charakterze przedmiotowym (mimo że katalog zawarty w § 5 ust. 1 rozporządzenia ma charakter taksatywny), albowiem nie odnosi się nawet pośrednio do przedmiotu oferowanego świadczenia i w żaden sposób nie potwierdza, że oferowane rozwiązania czy nawet szerzej – prowadzona działalność, organizacja pracy... etc..., spełnia wymagania zamawiającego określone w SIWZ.

Wreszcie, w ślad za dotychczasowym orzecznictwem Izby skład orzekający Izby w niniejszej sprawie wskazuje, iż niedokonanie przez wykonawcę wizji lokalnej i nie złożenie oświadczenia w tym zakresie nie może być również rozpatrywane w kontekście sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. Przeprowadzenie lub nie czynności faktycznej jaką jest wizja lokalna i nie złożenie oświadczenia w tym zakresie nie jest w ogóle objęte pojęciem treści oferty. Nie odnosi się bowiem bezpośrednio do przedmiotu przyszłego zobowiązania wykonawcy, nie dookreśla ani nie uszczegóławia jego zakresu czy też sposobu wykonania. Odrzucenie oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp następuje wyłącznie w razie braku spełniania przez oferowane świadczenie (treść oferty) opisanych w siwz wymagań merytorycznych zamawiającego (treści siwz). Oświadczenie o dokonaniu wizji nie mieści się w ustawowym pojęciu "treść oferty". Ustawa Pzp zawiera zamknięty katalog przesłanek skutkujących obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy złożonej w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 89 ust. 1 pkt 1 – 8 oraz art. 90 ust. 3 ustawy Pzp). W kontekście uregulowań art. 82 ust. 3 oraz art. 9 ust. 1 ustawy Pzp czynności faktycznej jaką jest dokonanie wizji lokalnej nie sposób zakwalifikować jako treści oferty. Tym samym art. 89 ust. 1 i art. 90 ust. 3 ustawy Pzp nie zawierają przesłanek odrzucenia oferty ze względu na zaniechanie dokonania przez wykonawców w ramach postępowania żądanych przez zamawiającego czynności faktycznych polegających na dokonaniu wizji lokalnej.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego na usługi winien złożyć ofertę zgodną pod względem treści w zakresie przedmiotu zamówienia z jej opisem zawartym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wizji lokalnej i żądanego na jej potwierdzenie przez zamawiającego oświadczenia nie sposób uznać, za oświadczenie określające zakres świadczenia wykonawcy, lub chociażby dokument potwierdzający, że oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego. Wszakże art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów

niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Trudno za taki dokument uznać oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej.

Konsekwencją stwierdzenia, że oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej jest oświadczeniem, którego nie można zakwalifikować ani jako oświadczenie o charakterze podmiotowym, ani jako oświadczenie o charakterze przedmiotowym, ani jako oświadczenie

10

stanowiące treść oferty było ustalenie, że ustawa z niezłożeniem takiego oświadczenia nie wiąże żadnych sankcji. Powyższe oznacza, że jest ono całkowicie zbędne do przeprowadzenia postępowania. Przyjęcie przez Izbę, że brak przeprowadzenia wizji lokalnej a także niezłożenie w tym przedmiocie oświadczenia nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania, czyniło zbędnym badanie przez Izbę czy złożone przez odwołującego oświadczenia o dokonaniu wizji lokalnej były prawdziwe. Wykluczenie z postępowania wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest konsekwencją ustalenia, że złożono nieprawdziwe informacje które mają lub mogą mieć znaczenie z punktu widzenia wyniku postępowania, zaś takiego znaczenia nie posiada oświadczenie o dokonaniu wizji lokalnej. Potwierdził się zatem podnoszony przez odwołującego zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż zarzut ten dotyczył elementu (zadania) II, V, XI, XIV, XVI przedmiotowego postępowania. Zamawiający na rozprawie stwierdził bowiem, iż złożone przez wykonawcę dokumenty są wystarczające do pozytywnej oceny spełnienia przez niego warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wymaganego w (zadaniach) częściach I, VIII, XII, XV.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż zamawiający w części III SIWZ (warunki udziału w postępowaniu), w pkt 1 ppkt 1.12, zmodyfikowanym w dniu 27.10.2010 r. zawarł postanowienie, zgodnie z którym: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia – na potwierdzenie spełniania ww. warunku wykonawca musi wykazać się wykonaniem, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniem w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie minimum 1 usługą w zakresie kompleksowego utrzymania czystości budynków oraz terenów utwardzonych i zielonych w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia o wartości odpowiednich dla poszczególnych elementów:

- a) element I – minimum 150.000 zł w ramach jednej umowy,
- b) element II, IX, XIV – minimum 700.000 zł w ramach jednej umowy,
- c) element III – minimum 50.000 zł w ramach jednej umowy,
- d) element IV, VI, XIII – minimum 1.500.000 zł w ramach jednej umowy,

11

-
- e) element V – minimum 1.000.000 zł w ramach jednej umowy,
 - f) element VII – minimum 500.000 zł w ramach jednej umowy,
 - g) element VIII – minimum 600.000 zł w ramach jednej umowy,
 - h) element X – minimum 400.000 zł w ramach jednej umowy,
 - i) element XI, XVI – minimum 800.000 zł w ramach jednej umowy,
 - j) element XII – minimum 200.000 zł w ramach jednej umowy,
 - k) element XV – minimum 80.000 zł w ramach jednej umowy,
 - l) element XVII – minimum 2.500.000 zł w ramach jednej umowy

W przypadku zamówień ciągłych zrealizowana część zamówienia musi odpowiadać wartości minimalnej wartości wskazanej dla danego elementu”

Warunek oceniony zostanie na podstawie złożonych dokumentów i oświadczenia”.

Po trzecie Izba ustaliła, że zgodnie z Rozdziałem III SIWZ (warunki udziału w postępowaniu), w pkt 2.3 ppkt 3, zmodyfikowanym w dniu 27.10.2010 r., na potwierdzenie

spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy i opisanych w Cz. III ust. 1 pkt 1.1 SIWZ wykonawca do ofert załączy wykaz zrealizowanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, realizowanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania zadania. Wykaz musi potwierdzać spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (załącznik nr 4). Do wykazu należy załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należyście. W przypadku zamówień ciągłych należy podać w wykazie wartość już wykonanego zamówienia poparte dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dotychczasowych części zamówienia.

Po czwarte Izba ustaliła, iż w dniu 2 listopada 2010 r. w odpowiedzi na pytanie zadane przez jednego z wykonawców zamawiający udzielił odpowiedzi, że jeśli wykonawca zamierza złożyć ofertę na kilka lub wszystkie elementy to dla spełnienia warunku doświadczenia wystarczy wykazanie się również kilkoma lub nawet jedną usługą, pod warunkiem, że jej wartość w ramach jednej umowy będzie wartościowo odpowiednia dla każdego z tych elementów. Wyjaśnił także, iż badając spełnienia warunku wymaganego doświadczenia nie będzie sumował poszczególnych wykazanych przez wykonawcę zamówień lecz odnosił je do wartości wskazanych w ramach jednej umowy.

Ustalono także, że odwołujący złożył ofertę na część I, II, V, VIII, XI, XII, XIV, XV, XVI przedmiotu zamówienia. Izba ustaliła ponadto, iż odwołujący wraz z ofertą złożył wykaz zrealizowanych usług, w którym wykazał doświadczenie w realizacji następujących m.in. następujących usług:

12

- 1) usługi na rzecz RZI w Zielonej Górze, o wartości 623.000 zł, w okresie od 02.04.2007 r. do 28.02.2009 r. w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych,
- 2) usługi na rzecz RZI w Zielonej Górze, o wartości 615.000 zł, w okresie od 02.04.2007 r. do 28.02.2009 r., w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych,
- 3) usługi na rzecz RZI w Zielonej Górze, o wartości 178.000 zł, w okresie od 02.04.2007 r. do 28.02.2009 r. w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych,
- 4) usługi na rzecz RZI we Wrocławiu, o wartości 120.000 zł, w okresie od 01.01.2008 r. do 31.12.2008 r. w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych,
- 5) usługi na rzecz RZI we Wrocławiu, o wartości 261.000 zł, w okresie od 01.01.2008 r. do 31.12.2008 r. w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych,
- 6) usługi na rzecz RZI w Szczecinie, o wartości 317.316,89 zł, w okresie od 15.07.2009 r. do 14.07.2010 r. w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych,
- 7) usługi na rzecz RZI w Szczecinie, o wartości 755.543,18 zł, w okresie od 04.03.2008 r. do 30.04.2009 r. w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych,
- 8) usługi na rzecz Uniwersytetu Wrocławskiego, o wartości 1.850.000 zł, w okresie od 1.07.2008 r. do 30.06.2010 r. w zakresie sprzątania terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych,
- 9) usługi na rzecz VP Polska sp. z o.o., o wartości 900.000 zł, w okresie od 2.12.2006 r. do nadal r. w zakresie sprzątania biurowca oraz pomieszczeń magazynowo - produkcyjnych,
- 10) usługi na rzecz Dringenberg Polska, o wartości 350.000 zł, w okresie od 1.11.2007 r. do nadal r. w zakresie sprzątania biurowca oraz pomieszczeń magazynowo – produkcyjnych i terenów zewnętrznych.

Do ww. wykazu odwołujący załączył referencje wystawione przez RZI Wrocław z 6.5.2008 r., RZI Szczecin z 22.06.2010 r., RZI Szczecin z 30.04.2009 r., RZI Zielona Góra z 22.06.2009 r., VP Polska i Dringenberg Polska sp. z o.o. Załączył także faktury wystawione przez odwołującego na rzecz Uniwersytetu Wrocławskiego.

Izba ustaliła ponadto, iż w dniu 26 listopada 2010 r. zamawiający poinformował odwołującego, iż z załączonych do oferty dokumentów nie wynika, iż odwołujący spełnia warunek wymaganego doświadczenia w zakresie elementu V, tj. doświadczenie w realizacji usługi o wartości 1.000.000 zł. Wyjaśnił, że tylko jedna z usług wykazanych przez odwołującego, tj. usługa wykazana w pozycji 8 wykazu wykonywana na rzecz Uniwersytetu Wrocławskiego spełnia wartościowo wymóg doświadczenia w realizacji zadania, lecz faktury VAT nie są dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie tej usługi. Wobec

wykonanie umowy wymienionej w poz. 8 wykazu lub przedstawienie innej usługi o wartości minimum 1.000.000 zł w terminie do 1 grudnia 2010 r.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie przesłał w terminie wyznaczonym przez zamawiającego wyjaśnienia oraz kopię umowy z Uniwersytetem Wrocławskim nr 26-DGN-ZGB/2010 z 21.06.2010 r.

W dniu 7 grudnia 2010 r. zamawiający w piśmie przesłanym do odwołującego wskazał m.in. iż do oceny warunku udziału w postępowaniu nie będą brane pod uwagę całkowite wartości usług wykazanych w wierszach 1 i 2 wykazu, lecz pomniejszone o równowartość 6 miesięcy, a ponadto wskazał, iż z opisu usługi wskazanej w pozycji 7 wykazu oraz z referencji dotyczących tej usługi nie wynika, iż w ramach tej usługi odwołujący świadczył usługi utrzymania terenów zielonych. Wobec powyższego zamawiający uznał, iż z przedłożonych przez odwołującego dokumentów nie wynika, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu w częściach II, V, VIII, XII, XIV, XVI i wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu w terminie do dnia 9 grudnia 2010 r.

Odwołujący, w wyznaczonym przez zamawiającego terminie przesłał wykazy zrealizowanych usług. W wykazach tych zasadniczo powtórzył dane wskazane w wykazie usług załączonym do oferty. Sprecyzował wielkość sprzątanym powierzchni, ponadto wskazał, że w ramach usług wymienionych w wierszu 1, 2, 3, 5, 8, 10 sprzątał również tereny zielone. Ponadto przesłał wyjaśnienia i złożył umowę nr 30/2008 z Uniwersytetem Wrocławskim z 23.05.2008 r., umowę z RZI Szczecin z 09.07.2009 r., umowę z RZI Szczecin z 04.03.2008 r., umowę z RZI Zielona Góra z 30.03.2007 r.

Dnia 10.12.2010 r. zamawiający poinformował odwołującego o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp informując, iż do oceny spełnienia warunku doświadczenia zostały przyjęte tylko pozycje 1,2,3,4 wykazu usług.

W odniesieniu do powyższych ustaleń Izba wskazuje na wstępie, iż zgodnie z dyspozycją przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie. W myśl przywoływanego przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Wobec złożenia przez odwołującego oferty na część I, II, V, VIII, XI, XII, XIV, XV, XVI przedmiotu zamówienia zobowiązany był on wykazać się doświadczeniem w wykonaniu, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywaniu w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie minimum 1 usługą w zakresie kompleksowego utrzymania czystości budynków oraz terenów utwardzonych i zielonych w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia o wartości 1.000.000 zł (doświadczenie wymagane dla części V).

W celu potwierdzenia posiadania wymaganego doświadczenia wykonawcy zobowiązani byli złożyć wykaz zrealizowanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, realizowanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania zadania. Wykaz musiał potwierdzać spełnianie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia (załącznik nr 4). Do wykazu należało załączyć dokumenty potwierdzające, że wskazane w wykazie usługi zostały wykonane należyście.

Jedyną usługą, która ze względu na jej wartość pozwalałaby odwołującemu na

wykazanie się doświadczeniem wymaganym dla wszystkich części na które złożył ofertę była usługa wymieniona w wierszu 8 wykazu (usługa na rzecz Uniwersytetu Wrocławskiego, o wartości 1.850.000 zł, w okresie od 1.07.2008 r. do 30.06.2010 r. w zakresie sprzątnięcia terenów wewnętrznych oraz zewnętrznych oraz terenów zielonych).

Sporne pomiędzy stronami było czy odwołujący załączył do wykazu dokumenty potwierdzające fakt należytego wykonania ww. umowy. Odwołujący do wykazu złożonego wraz z ofertą załączył kopie faktur wystawionych z tytułu realizacji ww. umowy. Izba podziela stanowisko zamawiającego wyrażone w piśmie z dnia 26 listopada 2010 r., iż ww. faktury nie potwierdzały faktu należytego wykonania usługi. Nie stanowiły one dowodu tego, że należność za usługę została uiszczona przez zleceniodawcę, co świadczyłoby iż uznał on usługę za wykonaną należycie. Nie zostały wraz z ofertą złożone referencje, protokoły odbioru usługi, ani dowody opłacenia faktur przez zleceniodawcę. Wobec powyższego zamawiający zasadnie w dniu 26 listopada 2010 r., wypełniając dyspozycję przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Precyzyjnie wskazał, że wymaga złożenia dokumentu potwierdzającego fakt należytego wykonania umowy wykazanej w wierszu 8 lub wykazania się doświadczeniem w realizacji innej umowy, która odpowiadałaby treści warunku udziału w postępowaniu na kwotę 1.000.000 zł. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożył jedynie kopię umowy ze zleceniodawcą, z której wynikało, iż należność za wykonaną usługę płatna będzie na podstawie wystawionej faktury VAT potwierdzonej przez kierownika obiektu, że usługa została wykonana należycie (§9 ust. 1

15

umowy). Nie przedłożył jednak dokumentu, z którego wynikałoby iż faktura została potwierdzona przez kierownika obiektu lub innego dowodu potwierdzającego, że została ona opłacona przez zleceniodawcę, co pośrednio chociażby świadczyłoby, że fakt akceptacji usługi miał miejsce. Sam fakt realizowania usługi nie świadczy jeszcze o tym, że usługa ta została wykonana należycie.

Wobec powyższego należało stwierdzić, że odwołujący, nie wykazał doświadczenia niezbędnego do ubiegania się o zamówienia w części V zamówienia.

Usługa wymieniona w wierszu 7 (o wartości 755.543,18 zł) pozwoliłaby odwołującemu na wykazanie się doświadczeniem wymaganym do ubiegania się o zamówienie w częściach I, II, VIII, XII, XIV, XV, zaś usługa wymieniona w wierszu 9 (o wartości 900.000 zł) – dodatkowo w częściach XI i XVI. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez odwołującego na rozprawie obydwie usługi nie obejmowały utrzymania czystości terenów zielonych. Nie wynikało to również z treści dokumentów złożonych przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarówno wraz z ofertą, jak i w wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia. Tymczasem zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu należało wykazać doświadczenie w wykonaniu lub wykonywaniu minimum 1 usługi w zakresie kompleksowego utrzymania czystości budynków oraz terenów utwardzonych i zielonych w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Wbrew twierdzeniom odwołującego zawartym w odwołaniu, konieczność wykazania się doświadczeniem w sprzątnięciu terenów zielonych była objęta treścią warunku udziału w postępowaniu, co wynikało bezpośrednio z brzmienia części III SIWZ (warunki udziału w postępowaniu), w pkt 1 ppkt 1.12.

Usługa wymieniona w wierszu 1 (o wartości 623.000 zł) pozwalała odwołującemu na wykazanie się doświadczeniem niezbędnym do ubiegania się o zamówienie w częściach I, VIII, XII, XV, co przyznał na rozprawie zamawiający i co wynikało z porównania brzmienia warunku udziału w postępowaniu i dokumentów złożonych przez odwołującego. Zgodnie z oświadczeniem złożonym przez zamawiającego na rozprawie ostatecznie nie kwestionował on powyższej okoliczności.

Ponieważ na rozprawie Odwołujący cofnął swe zarzuty i związane z nimi żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części XV, albowiem złożył on ofertę droższą od oferty wykonawcy wybranego w tej części, Izba stwierdziła, iż odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia w częściach I, VIII i XII. Wobec powyższego Izba nakazała unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w elemencie (części) I, elemencie VIII, elemencie XII, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału

w postępowaniu w elemencie I, elemencie VIII, elemencie XII, oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert w tych elementach.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskutek wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W dniu 7 grudnia 2010 r. zamawiający w piśmie przesłanym do odwołującego wskazał m.in. iż do oceny warunku udziału w postępowaniu nie będą brane pod uwagę całkowite wartości usług wykazanych w wierszach 1 i 2 wykazu, lecz pomniejszone o równowartość 6 miesięcy, a ponadto wskazał, iż z opisu usługi wskazanej w pozycji 7 wykazu oraz z referencji dotyczących tej usługi nie wynika, iż w ramach tej usługi odwołujący świadczył usługi utrzymania terenów zielonych. Wobec powyższego zamawiający uznał, iż z przedłożonych przez odwołującego dokumentów nie wynika, iż spełnia on warunek udziału w postępowaniu w częściach II, V, VIII, XII, XIV, XVI i wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunku udziału w postępowaniu w terminie do dnia 9 grudnia 2010 r.

W myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający jest obowiązany wezwać wykonawców do złożenia brakujących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, jak również pełnomocnictwa w wyznaczonym przez siebie terminie. Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 26 ust. 3 nie określa w sposób wyraźny jak długi powinien być to termin, nie precyzuje też wskazówek którymi zamawiający powinien kierować się przy wyznaczaniu tego terminu. Mimo to, biorąc pod uwagę wykładnię celowościową tego przepisu, przyjmuje się, że powinien być to termin odpowiedni, a więc umożliwiający uzupełnienie oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę, działającego z należytą starannością i w toku zwykłych czynności. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Izby: „...jakkolwiek nie zostało to wyrażone *expressis verbis* w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jasne jest, iż, aby zrealizować cel tego przepisu, Zamawiający powinien wyznaczyć odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów, czyli realny dla wykonawcy zachowującego należytą staranność. (por. wyrok Izby z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 901/09 905/09).

Przy ocenie, czy zamawiający wyznaczył odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, należy brać pod uwagę także okoliczność, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie kompletnej oferty, zawierającej wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego w SIWZ

17

Dokumenty te, co do zasady, winny być więc w dyspozycji wykonawcy w dniu upływu terminu składania ofert, co również wynika z literalnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że uzupełniane w tym trybie dokumenty, czy oświadczenia mają potwierdzać stan – czyli spełnienie określonego warunku - na dzień upływu terminu składania ofert. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi więc wyjątek od zasady wskazującej na obowiązek złożenia kompletnej oferty w wyznaczonym terminie do składania ofert. Stanowisko takie było prezentowane w orzecznictwie Izby (por. wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt. KIO/UZP 993/09).

Ponadto podnieść należy, że co do zasady ciężar udowodnienia faktu, że wyznaczony przez zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest terminem nierealnym obciąża wykonawcę, który z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zgodnie bowiem z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ponadto, w myśl art. 14 ustawy Pzp w zw. z art. 6 KC ciężar dowodu obciąża stronę, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Zasada ta nie dotyczy przypadków, gdy z okoliczności danej sprawy wynikać będzie, że wyznaczony przez zamawiającego termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu jest w sposób oczywisty nierealny (np. w przypadku wyznaczenia terminu jednogodzinnego).

Odnosząc powyższe rozważania do okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy stwierdzić należy, że w niniejszej sprawie nie zostało wykazane, że termin wyznaczony przez zamawiającego do uzupełnienia brakujących dokumentów – 9 grudnia 2010 r. był terminem nierealnym, a więc uniemożliwiającym spełnienie żądania usunięcia braków. Zgodnie z art. 111 §1 KC, w zw. z art. 14 ustawy Pzp wyznaczony przez zamawiającego termin kończył się dnia 9 grudnia 2010 r. o g. 24.00. Termin ten wynosił więc ponad 48 godzin i w ocenie Izby był wystarczający do uzupełnienia dokumentów, uwzględniając okoliczność iż zamawiający dopuścił możliwość uzupełnienia żądanych dokumentów za pośrednictwem faksu. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp nie służy bowiem gromadzeniu dokumentów, lecz uzupełnieniu dokumentów, które powinny znajdować się w posiadaniu odwołującego już w dniu otwarcia ofert. W niniejszej sprawie odwołujący już od dnia 16 października 2010 r. (data publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) powinien, przy uwzględnieniu profesjonalnego charakteru swej działalności, gromadzić żądane przez zamawiającego dokumenty, zaś w dniu składania ofert tymi dokumentami dysponować.

Biorąc powyższe pod uwagę, decyzję zamawiającego w przedmiocie wyznaczenia terminu na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału na dzień 9 grudnia 2010 r. należało uznać za prawidłową. Nie potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

18

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów Prawa zamówień publicznych: art. 24 ust. 2 pkt 3, miało wpływ na wynik postępowania i działając na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 pzp – orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

Przewodniczący:

.....

19