

WYROK

z dnia 16 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 marca 2012 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2012 r.

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia pod nazwą Konsorcjum „Gutkowski-Gutkowski”**: Firma Gutkowski Jan Gutkowski, 64-100 Leszno, ul. 17. stycznia 92 (lider konsorcjum) oraz „Gutkowski” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 64-100 Leszno, ul. Usługowa 2

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Pawłowiczki, 47-280 Pawłowiczki, pl. Jedności Narodu 1**

przy udziale wykonawcy: **Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 45-054 Opole, ul. Grunwaldzka 25** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania Konsorcjum „Gutkowski-Gutkowski”: Firmy Gutkowski Jan Gutkowski, Leszno oraz „Gutkowski” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie, a także powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wezwania konsorcjum do uzupełnienia w wyznaczonym terminie dokumentów na potwierdzenie w spełniania opisanego specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.**

1

2. Kosztami postępowania obciąża **Gminę Pawłowiczki** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Konsorcjum „Gutkowski-Gutkowski”: Firmę Gutkowski Jan Gutkowski, Leszno oraz „Gutkowski” spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie** – tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od **Gminy Pawłowiczki** na rzecz **Konsorcjum „Gutkowski-Gutkowski”: Firmy Gutkowski Jan Gutkowski, Leszno oraz „Gutkowski” spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lesznie** kwotę **10000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Opolu**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Pawłowiczki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.; zwanej dalej również „ustawą pzp” lub „ppz”), postępowanie o udzielenie zamówienia na roboty budowlane pn. *Budowa oczyszczalni ścieków dla aglomeracji „Naczęstawice” oraz budowa niezbędnej infrastruktury technicznej potrzebnej do prawidłowego funkcjonowania oczyszczalni ścieków w Naczęstawicach* (oznaczenie sprawy ZR1.271.1.3.2012).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 31 stycznia 2012 r. pod nr 28616-2012, w tym samym dniu Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na swojej stronie internetowej (www.pawlowiczki.pl/bip2), na której udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej zwaną w skrócie „s.i.w.z.” lub „SIWZ”).

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp i została ustalona przez Zamawiającego na kwotę 4.998.522,00 zł, co stanowi równowartość 1.243.537,17 euro.

29 lutego 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przesłał faksem Odwołującemu – wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia pod nazwą Konsorcjum „Gutkowski-Gutkowski”: Firmie Gutkowski Jan Gutkowski, Leszno oraz „Gutkowski” spółce z o.o. z siedzibą w Lesznie (dalej również określanego w skrócie mianem „Konsorcjum”) – zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy pzp oraz odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp, uzasadniając swoją decyzję w następujący sposób:

W złożonej ofercie w załączniku nr 2 – doświadczenie zawodowe zostało wykazane tylko jedno zadanie spełniające warunki udziału w postępowaniu – podobne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w SIWZ określił, że spełnienie tego warunku zostanie uznane przez wykazanie doświadczenia w realizacji podobnych zadań w okresie ostatnich pięciu lat przed dniem składania ofert o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonania co najmniej 2 zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia (poprzez zamówienie podobne do przedmiotu zamówienia należy rozumieć budowę, przebudowę lub rozbudowę oczyszczalni ścieków o konstrukcji żelbetowej o przepustowości co najmniej $Q_{\text{śr}}=400\text{ m}^3/\text{d}$ lub większej, budowę, przebudowę lub rozbudowę

3

Sygn. akt KIO 438/12

zbiorników żelbetowych do gromadzenia wody lub innych surowców płynnych lub stałych o pojemności pow. 600 m³ wraz z infrastrukturą techniczną) o wartości powyżej 2 000 000,00 zł.

Oferent w złożonej ofercie – załącznik nr 2 doświadczenie zawodowe - wykazał:

1. Inwestycję w zakresie gospodarki wodnej w mieście Jasło w ramach projektu pn: „Program poprawy czystości zlewni rzeki Wisłoki” Fundusz Spójności Projekt nr 2005/PL/16/C/PE/007 o wartości 8 704 778 euro

2. Poprawa gospodarki wodno- ściekowej w Gminie Łobżenica poprzez budowę sieci wodociągowej, sieci kanalizacyjnej, modernizację stacji uzdatniania wody i oczyszczalni ścieków wydajność oczyszczalni ścieków 2100m³/dobę o wartości 5 228 687,17 zł.

Zadanie wykazane w pkt. 1 należy uznać, że spełnia warunek podobnego zadania do przedmiotu zamówienia.

Jednakże z dokumentów przedłożonych jako potwierdzających wykonanie zadania wykazanego w pkt. 2 nie wynika jednoznacznie zakres wykonanych robót. Zamawiający zwrócił się do oferenta o złożenie wyjaśnienia lub przesłanie protokołu odbioru robót wskazanej inwestycji, który określałby zakres i parametry techniczne wykonanych robót dla wskazanej modernizowanej oczyszczalni ścieków.

Oferent we wskazanym terminie złożył wyjaśnienie.

Jednakże z otrzymanego wyjaśnienia nie wynika spełnienie warunku określonego

przez Zamawiającego.

W toku badania ofert Zamawiający sprawdził zakres wykonanych prac u wystawiającego referencje – Urząd Miejski Gminy Łobżenica, który potwierdził wykonanie modernizacji oczyszczalni ścieków w istniejących zbiornikach o konstrukcji stalowej wraz z wymianą i uzupełnieniem wyposażenia technologicznego.

Ponadto zgodnie z udzieloną odpowiedzią na zapytanie oferenta z dnia 07-02-2012 r.: [...] 1.1. Prosimy o wyjaśnienie, co zamawiający rozumie pod pojęciem „oczyszczalni ścieków o konstrukcji żelbetowej”? Zamawiający odpowiedział, że muszą występować zbiorniki o konstrukcji żelbetowej.

W związku z powyższym oferent nie wykazał spełnienia warunku określonego przez Zamawiającego, w którym należało wykazać co najmniej 2 zamówienia podobne do przedmiotu zamówienia.

Zamawiający zawiadomił także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU spółkę z o.o. z siedzibą w Opolu (zwany dalej w skrócie „POLBAU”).

4

Sygn. akt KIO 438/12

5 marca 2012 r. (pismem z 3 marca 2012 r.) Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (zachowując wymóg przekazania jego kopii Zamawiającemu) od czynności wykluczenia z postępowania przez Zamawiającego, któremu zarzucił naruszenie: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 i art. 89 ust. 1 pkt ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez POLBAU.
2. Unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i uznania jego oferty za odrzuconą.
3. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
4. Wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia oferty.
5. Wyboru oferty najkorzystniejszej

Odwołujący wskazał w następujący sposób okoliczności prawne i faktyczne uzasadniające wniesienie odwołania.

Zamawiający pismem z 22 lutego 2012 r. o sygn. ZRI.271.1.59.2012 wezwał Odwołującego do złożenia jedynie wyjaśnień w trybie art. 87 ust. 1 oraz art. 26 ust. 4 pzp. Stosowne wyjaśnienie zostało złożone – pismo z 24 lutego 2012 r.

Zamawiający stwierdził, że ze złożonego wyjaśnienia, jak i z dokonanego w toku badania ofert sprawdzenia zakresu wykonanych prac u wystawiającego jedną z dwóch wymaganych referencji, nie wynika spełnienie warunku udziału. Na tej podstawie Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, powołując się na art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, oraz, zgodnie z art. 24 ust 4 pzp, uznał ofertę za odrzuconą.

Zamawiający nie wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów zgodnie z procedurą określoną w art. 26 ust. 3 pzp, przez co uchybił regulacjom ustawowym. Skierowane do Odwołującego pismo z prośbą o złożenie wyjaśnień dotyczących złożonej oferty traktowane powinno być jako badanie złożonej oferty pod kątem spełnienia warunków udziału. Jeżeli Zamawiający w toku badania i oceny złożonej oferty stwierdził, że Wykonawca złożył dokumenty, które nie potwierdzają spełniania postawionych w s.i.w.z. warunków udziału, to, zgodnie z obowiązującą literą prawa, powinien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp. Dopiero w następstwie tego uzupełnienia Zamawiający jest uprawniony do podjęcia decyzji o wykluczeniu Wykonawcy, odrzuceniu oferty, a w konsekwencji do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Ustawodawca zwolnił Zamawiającego z obowiązku wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełniania warunków udziału

5

Sygn. akt KIO 438/12

wyłącznie w sytuacji, gdy oferta pomimo ich złożenia podlega odrzuceniu lub konieczne jest unieważnienie postępowania. Taka sytuacja jednak nie ma miejsca w przedmiotowym

postępowaniu. W wyniku uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału posiadania dotyczących wymaganej wiedzy i doświadczenia, oferta Odwołującego pozostanie ofertą ważną, spełniającą wszystkie warunki udziału w postępowaniu, i jednocześnie najkorzystniejszą cenową.

Postępowanie Zamawiającego stanowi również naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Stanowisko Odwołującego znajduje potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, m.in. w wyroku z 4 stycznia 2012 r. (sygn. akt KIO 2731/11).

8 marca 2012 r. (pismem z tej daty) Zamawiający przestał do Izby odpowiedzieć na odwołanie (przekazaną Odwołującemu na rozprawie) – wnosząc o oddalenie odwołania. Zamawiający w następujący sposób uzasadnił swoje stanowisko.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 pzp jest niezasadny. Odwołujący przedłożył dwie referencje, z czego jedna wystawiona przez Gminę Łobżenica, która stwarzała wątpliwości co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w s.i.w.z. (doświadczenie zawodowe), a w szczególności, czy wskazane roboty budowlane stanowiły budowę, przebudowę lub rozbudowę oczyszczalni ścieków o konstrukcji żelbetowej. Z przedłożonej referencji wynikało, że jest to modernizacja oczyszczalni ścieków bez podania zakresu rzeczowego pozwalającego na zorientowanie się czy stanowiła ona przebudowę lub rozbudowę oczyszczalni ścieków o zbiornikach żelbetowych. Brzmienie art. 26 ust. 3 pzp jednoznacznie wskazuje, że dopiero brak lub błąd w dokumentacji pozwala na wezwanie do jego uzupełnienia. W przedmiotowej sprawie nie zachodziła taka okoliczność, więc wystarczającym było zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 oraz art. 26 ust. 4 pzp stanowiących o złożeniu wyjaśnienia do przedłożonych dokumentów.

Wskutek wezwania 5 marca 2012 r. przez Zamawiającego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym (wraz z przekazaniem kopii odwołania), 8 marca 2012 r. Zakład Techniczno-Budowlany POLBAU spółka z o.o. z siedzibą w Opolu zgłosił do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wnosząc o oddalenie odwołania.

Wobec braku zgłoszenia opozycji przez Strony oraz dokonania zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie i z zachowaniem wymogu przekazania jego kopii Stronom postępowania, a więc zgodnie z przepisem art. 185

6

Sygn. akt KIO 438/12

ust. 2 pzp, Izba nie stwierdziła podstaw do niedopuszczenia POLBAU do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego, jako uczestnika tego postępowania (Przystępującego).

Przystępujący w następujący sposób odniósł się do zarzutów odwołania. Zamawiający nie naruszył przepisów ustawy pzp, w szczególności art. 26 ust. 3 pzp. Zamawiający w trybie art. 87 ust. 1 oraz 26 ust. 4 pzp zwrócił się do Odwołującego się o wyjaśnienie złożonych dokumentów – referencji oraz przedstawienie protokołu odbioru robót, z których wynika zakres i parametry techniczne wykonanych robót dla wskazanej oczyszczalni ścieków. Co więcej, brzmienie art. 26 ust. 3 pzp pozwala na taką analizę, że dopiero brak lub błąd w dokumentacji pozwala na wezwanie do jego uzupełnienia, a w przedmiotowej sprawie nie zachodzi taka okoliczność, a wręcz wystarczające było zastosowanie przez Zamawiającego art. 87 oraz 26 ust. 4 pzp, stanowiących o wezwaniu do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonych pism.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych i wpis od niego został przez Odwołującego uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

Wobec ustalenia w toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających, iż nie została wypniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 pzp, i wobec braku odmiennych wniosków Stron w tym zakresie, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał odwołanie, Zamawiający podtrzymał stanowisko z odpowiedzi na odwołanie, natomiast w imieniu Przystępującego nikt się nie stawił, pomimo prawidłowego zawiadomienia o terminie posiedzenia Izby.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, uwzględniając

zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego zawarte w środkach ochrony prawnej, a także oświadczenia i stanowiska Stron wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z przepisem art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. W ocenie składu orzekającego Izby Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną, stanowiącą jedyne kryterium oceny ofert.

7

Sygn. akt KIO 438/12

Odwołujący ma zatem realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia wobec podniesienia zarzutów skierowanych przeciwko wykluczeniu z postępowania, która to czynność naraża go na szkodę z powodu nieuzyskania odpłatnego zamówienia publicznego, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, która została również przekazana Izbie w formie kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez Zamawiającego, w szczególności zaś przeprowadziła dowody z dokumentów: ogłoszenia o zamówieniu, s.i.w.z., oferty Odwołującego, pisma Zamawiającego z 22 lutego 2012 r., pisma Odwołującego z 24 lutego 2012 r., a także protokołu postępowania.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba wzięła również pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego, złożone na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz wyrażone ustnie przez Strony w toku rozprawy i odnotowane w protokole.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających rozpatrzeniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut bezpodstawnego zaniechania przez Zamawiającego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 pzp Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia.

Zamawiający w przytoczonym powyżej piśmie z 29 lutego 2011 r. rzetelnie odzwierciedlił przebieg badania oferty Odwołującego. Z odwołania i przebiegu rozprawy wynika bowiem, że Odwołujący nie podważa prawidłowości ustaleń Zamawiającego w zakresie niespełniania przez drugie z zamówień ujętych w wykazie załączonym do oferty kryterium podobieństwa, wynikającego z warunku opisanego na stronie 5 s.i.w.z. Niesporne jest zatem, że Zamawiający, wobec powzięcia wątpliwości w zakresie dokumentów dotyczących zamówienia wykonanego w Gminie Łobżenica, miał prawo na podstawie art. 26 ust. 4 pzp wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień. Ostatecznie Zamawiający, korzystając również z informacji uzyskanych w Urzędzie Gminy Łobżenica (w dokumentacji postępowania znajduje się notatka służbowa z 29 lutego 2012 r. z rozmowy telefonicznej przeprowadzonej z pracownikiem tego urzędu), ustalił, że wykonane w Łobżeniczy roboty

8

Sygn. akt KIO 438/12

budowlane dotyczyły zbiorników o konstrukcji stalowej, a nie jak wymagano w s.i.w.z. – zbiorników o konstrukcji żelbetowej. Zatem w wyniku badania dokumentów oferty okazało się, że Odwołujący nie wykazał spełniania postawionego warunku udziału w postępowaniu, polegającego na doświadczeniu w zrealizowaniu co najmniej dwóch zamówień podobnych do przedmiotu zamówienia. Tylko bowiem jedno z dwóch zamówień wykazu załączonego do oferty spełnia kryteria sprecyzowane w s.i.w.z.

Natomiast Zamawiający nieprawidłowo przyjął, że wynik tego badania, w tym

skorzystanie z instytucji wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp, zwalnia go z obowiązku wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 pzp do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału. Instytucje przewidziane w tych przepisach są zupełnie niezależne od siebie. Wydaje się, że Zamawiający opacznie zrozumiał następujące stanowisko wyrażone w publikacji Urzędu Zamówień Publicznych pt. *Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 4 września 2008 r.* (dostępnej nadal w wersji elektronicznej na stronie internetowej UZP): *Na zamawiającym ciąży obowiązek żądania uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, ale tylko wtedy gdy ich nie złożono lub sytuacji w których zawierają one błędy lub wady. Fakt, iż dokument lub oświadczenie jest „niejasny” w swej treści, a więc nie da się stwierdzić, iż zawiera błąd, daje podstawę do żądania wyjaśnień od wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy. Obowiązek żądania uzupełnienia jest wyłączony, gdy pomimo ich uzupełnienia zamawiający i tak zobowiązany byłby odrzucenia oferty lub do unieważnienia postępowania.* W przytoczonym fragmencie chodzi o to, że jeżeli wystarczające jest wyjaśnienie treści dokumentu, to nie należy wzywać do jego uzupełnienia. Po uwzględnieniu udzielonych wyjaśnień może okazać się bowiem, że jest on prawidłowy, to znaczy potwierdza stan wymagany przez zamawiającego. W ostatnim zdaniu przypomniano jednak, że odstąpienie od stosowania procedury z art. 26 ust. 3 pzp uzasadnia wyłącznie możliwość odrzucenia oferty wykonawcy, który miałby być wezwany, albo konieczność unieważnienia całego postępowania.

Oczywiście błędna jest również interpretacja Zamawiającego w zakresie rozumienia błędu, o którym mowa w art. 26 ust. 3 pzp. Złożenie dokumentu zawierającego błąd obejmuje również stan faktyczny, w którym dokument ten nie jest co prawda dotknięty wadami formalnymi (np. niepodpisany, nieczytelny, złożony w kopii niepotwierdzonej za zgodność z oryginałem), ale jego treść nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu. Taki błąd merytoryczny należy zatem ustalić przez porównanie stanu, który miał być potwierdzony na mocy postanowień ogłoszenia lub s.i.w.z., z tym, co wynika z treści. W niniejszej sprawie okazało się, że złożony wykaz jest wadliwy przez to, że nie

Sygn. akt KIO 438/12

potwierdza spełnianie warunku udziału w postępowaniu, przy czym błąd dotyczył jednego z dwóch zamówień w nim ujętych. Zamawiający winien zatem wezwać do uzupełnienia dokumentu błędnego w tym zakresie, umożliwiając Odwołującemu usunięcie tej wady przez przedstawienie wykazu zrealizowanych robót budowlanych wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie, który potwierdzi spełnianie warunku udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Powyższe stanowisko od dawna i konsekwentnie prezentowane jest w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i sądów okręgowych. W uzasadnieniu wyroku z 24 sierpnia 2007 r. (sygn. akt X Ga 223/07) Sąd Okręgowy we Wrocławiu stwierdził, co następuje: *Zespół arbitrów oddalił odwołanie skarżącego wskazując, że w niniejszej sprawie doszło do sytuacji, w której wymagany w SIWZ dokument został złożony i nie zawierał błędów. [...] Stan złożenia nieodpowiedniego dokumentu oznacza jednak brak właściwego dokumentu, który można podciągnąć albo pod niezłożenie dokumentu (właściwego), albo pod złożenie dokumentu wadliwego. Nie można jednak uważać, że jest to osobna trzecia kategoria nie skutkująca wezwaniem. Stanowisko arbitrów jest przy tym nielogiczne bowiem celem postępowania i wezwania do usunięcia braków jest doprowadzenie do posiadania dokumentów właściwych, pozwalających dokonać oceny ofert z zachowaniem warunków konkurencji. [...] Nie można interpretować przepisu upraszczającego i odformalizowującego postępowanie przetargowe w sposób prowadzący do wykluczenia z niego z powodów formalnych większej ilości podmiotów. Zauważyć trzeba, że pogląd zespołu arbitrów (wynikający z zaskarżonego wyroku), iż nie można wezwać do uzupełnienia braku, gdy złożono dokument zły (tego określenia Sąd używa, aby na razie odróżnić go od ustawowego pojęcia dokumentów wadliwych, choć w ocenie Sądu dokument taki będzie dokumentem wadliwym), tj. dotyczą innego podmiotu, ale można gdy nie złożono w ogóle dokumentu jest całkowicie nieuzasadniony i prowadzi do wniosków sprzecznych z celem ustawy. Oznacza zresztą gorsze potraktowanie staranniejszego uczestnika postępowania, a przyznanie większych praw uczestnikowi niestaranemu. Zdaniem Sądu bowiem ten, kto składa dokument jest niewątpliwie staranniejszy niż ten, kto go nie składa w ogóle.*

Podobnie w uzasadnieniu wyroku z 19 września 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 940/08) wskazano: *Odnosząc się do zarzutów odwołania, Izba uznała, iż Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp., zanim podjął decyzję o odrzuceniu oferty Konsorcjum. W ocenie składu orzekającego, ratio legis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopuszcza uzupełnianie dokumentów poprzez przedkładanie dokumentów o innej niż pierwotnie treści (podobnie KIO w wyroku z dnia 17 stycznia 2008 r.,*

10

Sygn. akt KIO 438/12

sygn. KIO/UZP 58/07). Przyjęcie za niedopuszczalne w świetle powołanego przepisu, żądanie uzupełniania dokumentów określonych w art. 25 ust. 1 ustawy, w przypadku gdy zostały one pierwotnie załączone do oferty, jednak ich treść nie potwierdza spełniania warunku, czy też wymagań Zamawiającego, stałoby w sprzeczności z naczelną zasadą prowadzenia postępowania w sposób zapewniających równe traktowanie wykonawców. Prowadzić by to mogło do uprzywilejowania wykonawców, którzy w ogóle nie złożyli dokumentu, względem wykonawców, którzy wprawdzie złożyli dokument, jednak nie jest on właściwy, tj. wskazuje że wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu. Tym samym wykonawcy, którzy nie potwierdzili spełniania warunku określonego w siwz w momencie złożenia oferty, byłiby w różny sposób traktowani. W pierwszym przypadku Zamawiający byłby zobowiązany wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, a w drugim musiałby wykonawcę wykluczyć. W ocenie składu orzekającego takie rozumienie zastosowania art. 26 ust. 3 jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, iż naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych – miało wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy pzp – orzekła, jak w sentencji. Z uwagi na związanie Izby przepisem art. 180 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp, Izba nie nakazała unieważnienia innych niż wykluczenie Odwołującego z postępowania czynności dokonanych przez Zamawiającego, który powinien tego dokonać z własnej inicjatywy, wykonując niniejszy wyrok.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w związku z przepisem § 5 ust. 2 pkt 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 niniejszego postępowania, na które złożył się wpis uiszczony przez Odwołującego.

Przewodniczący:

11