Sygn. akt: KIO 419/12

WYROK
z dnia 9 marca 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska
Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 marca 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 lutego 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: WASKO S.A., Unizeto Technologies S.A. z siedzibą dla Lidera w Gliwicach,** w postępowaniu prowadzonym przez **Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie**

przy udziale:

A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Qumak-Sekom S.A., Infovide-Matrix S.A., Centrum Informatyki ZETO S.A. z siedzibą dla Lidera w Warszawie,** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
B. wykonawcy **ASSECO POLAND S.A. z siedzibą w Rzeszowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
C. wykonawcy **Hewlett-Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum WASKO S.A., Unizeto Technologies S.A. z siedzibą dla Lidera w Gliwicach** i

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr.** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum WASKO S.A.,**

Unizeto Technologies S.A. z siedzibą dla Lidera w Gliwicach tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 Warszawie.**

Przewodniczący: ……

---

sygn Akt KIO 419/12

UZASADNIENIE

W dniu **29 lutego 2012 roku** (pismem z dnia 28 lutego 2012 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: 1) WASKO S.A. z siedzibą w Gliwicach; 2) Unizeto Technologies S.A. z siedzibą w Szczecinie, zwane dalej „konsorcjum Wasko” lub

„Odwołujący”.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz od zaniechania czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy, tj. od:

a) wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. poprzez bezpodstawne i przedwczesne uznanie, że Odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

b) bezpodstawnego i przedwczesnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp;

c) zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. pisemnego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp oraz dokumentów i oświadczeń wymienionych w punkcie I Sekcji III.2.1) ogłoszenia, potwierdzających że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie publiczne.

Zamawiającemu Odwołujący stawia następujące zarzuty:

a) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1-2 ustawy Pzp poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. poprzez bezpodstawne i przedwczesne uznanie, że Odwołujący nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;

b) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez bezpodstawne i przedwczesne wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu;

c) zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 26 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, tj. pisemnego

---

zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy, oraz dokumentów i oświadczeń wymienionych w punkcie I Sekcji III.2.1) ogłoszenia, potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie publiczne.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu, aby:

a) unieważnił czynność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy;

b) powtórzył czynność oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu;

c) wezwał Odwołującego do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów spełnianie w tj. pisemnego potwierdzających warunków udziału postępowaniu, zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy, oraz dokumentów i oświadczeń wymienionych w punkcie I Sekcji III.2.1) ogłoszenia, potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienie publiczne;

d) dokonał czynności ponownego poinformowania wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, że jest wykonawcą, który ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Odwołujący jest zainteresowany udzieleniem mu przedmiotowego zamówienia. W tym celu Odwołujący złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ubiega się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp Odwołujący może ponieść szkodę. Zgodnie z przekazaną przez Zamawiającego informacją o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący został wykluczony z udziału w postępowaniu ponieważ nie wykazał on iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. W rezultacie Odwołujący nie zostanie zaproszony do składania ofert. Gdyby Zamawiający postąpił zgodnie z przepisami ustawy, to nie wykluczyłby Odwołującego z postępowania, lecz wezwałby go do złożenia w wyznaczonym terminie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W rezultacie Odwołujący miałby możliwość uzupełnienia dokumentów i wykazania, że w rzeczywistości spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Efektem wskazanej powyżej czynności

i zaniechań Zamawiającego jest bowiem uniemożliwienie Odwołującemu uzyskania zaproszenia do składania ofert, a w rezultacie uniemożliwienie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej, co może w istotny sposób wpłynąć na wynik postępowania.

Odwołujący otrzymał informację o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu drogą elektroniczną w dniu **20 lutego 2012 r.** Niniejsze odwołanie

wniesione zostało z zachowaniem z zachowaniem terminów określonych art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 180 ust. 5 ustawy kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania w taki sposób, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy w związku z naruszeniem art. 51 ust. 1-2, 26 ust. 3 oraz 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stwierdzono, że z przekazanej Odwołującemu informacji o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, wskazując, że nie wykazał on iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 29 grudnia 2011 r. Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy o uzupełnienie następujących dokumentów m.in.: wykazu wykonanych zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w Sekcji III.2.3) pkt 1. Ogłoszenia o zamówieniu wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie; wykazu potencjału kadrowego, który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia ponieważ ww. dokumentów nie załączono do wniosku.

Zamawiający przyznał, że Odwołujący pismem z dnia 9 stycznia 2012 r. uzupełnił te dokumenty. Zamawiający podniósł, że z treści wykazów wynika, iż Odwołujący polega częściowo na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie wiedzy i doświadczenia (pierwsze dwie pozycje wykazu wykonanych zamówień) oraz w zakresie osób zdolnych do wykonania zamówienia (pozycja pierwsza wykazu potencjału kadrowego - kierownik projektu). Zamawiający podniósł dalej, że nie otrzymał od wykonawcy wymaganego w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego - pisemnego zobowiązania, o którym mowa wart. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy, jak również nie otrzymał - wymaganych w przypadku polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, stosownie do postanowień Sekcji III.2.1) punkt II.5 ogłoszenia o zamówieniu - dokumentów i oświadczeń wymienionych w punkcie I Sekcji III.2.1) ogłoszenia, potwierdzających że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne. Ze względu na powyższe odnośnie wykazu wykonanych zamówień Zamawiający stwierdził, że nie uwzględnił tych realizacji (pozycja 1 i 2 Wykazu wykonanych zamówień). W rezultacie Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Sekcji III.2.3) punkt I lit. a) i b) ogłoszenia o zamówieniu. Analogicznie, odnośnie wykazu potencjału kadrowego, Zamawiający stwierdził, że w rezultacie Wykonawca nie wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w sekcji III.2.3) punkt 2 lit. a) ogłoszenia o zamówieniu, tj.

nie wykazał, iż dysponuje osobą zdolną do wykonania zamówienia na stanowisku kierownika projektu.

W obu przypadkach Zamawiający wskazał ponadto, że procedura określona wart. 26 ust. 3 ustawy Pzp została wyczerpana i wykonawca nie może zostać powtórnie wezwany do uzupełnienia dokumentów objętych wcześniejszym wezwaniem.

Z powyższym stanowiskiem Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał na stanowisko doktryny i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym wyrok z dnia 15 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1356/10, KIO 1366/10, KIO 1374/10.

Nie powinno zatem budzić najmniejszych wątpliwości, że zanim Zamawiający wykluczy wykonawcę na podstawie przepisu artykułu 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, jest

obowiązany wezwać go do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy. Nie jest dopuszczalne, aby Zamawiający od razu wykluczył wykonawcę z postępowania, bez dania mu „drugiej szansy" na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe stanowisko przyjmowane jest powszechnie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, np.: wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2547/10, wyrok KIO z dnia 2 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1197/10.

Odnosząc powyższe ustalenia do podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego, stwierdzono, że Zamawiający nie zakwestionował informacji podanych przez Odwołującego odpowiednio w pierwszych dwóch pozycjach uzupełnionego wykazu wykonanych zamówień oraz w pierwszej pozycji uzupełnionego wykazu potencjału kadrowego, dotyczącej kierownika projektu. Zamawiający w ogóle nie wskazał na jakiekolwiek braki czy wadliwości w uzupełnionych wykazach. Zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego nie mógł uwzględnić tych pozycji uzupełnionego wykazu wykonanych zamówień oraz uzupełnionego wykazu potencjału kadrowego, gdyż Odwołujący nie wykazał, iż ma prawo polegać na wiedzy i doświadczeniu wskazanego przez siebie podmiotu trzeciego oraz że podmiot ten nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu oraz nie wykazał, iż dysponuje osobą zdolną do wykonania zamówienia na stanowisku kierownika projektu. Argumentacja prezentowana przez Zamawiającego sprowadza się zatem do stwierdzenia, że oprócz wykazów objętych wezwaniem do uzupełnienia Odwołujący nie złożył innych dokumentów, tj. pisemnego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy, oraz dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne. Faktyczną podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania

nie było zatem nieuzupełnienie żądanych przez Zamawiającego wykazów, tudzież okoliczność, że z uzupełnionych przez Odwołującego wykazów nie wynikało spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Podstawa tą było natomiast niezłożenie przez Odwołującego pisemnego zobowiązania oraz dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne.

Odwołujący przyznaje, że odpowiadając na wezwanie Zamawiającego nie złożył pisemnego zobowiązania oraz dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania. Powyższe wynikało jednak z tego, że wezwanie Zamawiającego w ogóle nie dotyczyło tych dokumentów i nie nakazywało ich uzupełnienia. W wezwaniu Zamawiający w sposób jednoznaczny i precyzyjny nakazywał Odwołującemu uzupełnić tylko i wyłącznie wymienione tam dokumenty.

Niezrozumiałe jest zatem wskazywanie obecnie przez Zamawiającego na brak tudzież nieuzupełnienie zobowiązania podmiotu trzeciego oraz dokumentów i oświadczenia podmiotu trzeciego jako podstawy faktycznej dla wykluczenia Odwołującego z postępowania. Skoro Odwołujący nie złożył dokumentów a Zamawiający dotychczas nie wzywał Odwołującego do ich uzupełnienia, to jest oczywiste, że przed wykluczeniem Odwołującego z postępowania Zamawiający winien wezwać go do uzupełnienia brakujących dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający nie miał prawa pominąć procedury wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów i od razu wykluczyć Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, co potwierdza przytoczone orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej.

W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi żadnych wątpliwości, że dokonane przez Zamawiającego wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy musi być jednoznaczne i precyzyjne, w szczególności Zamawiający musi wyraźnie wskazać uzupełnienia jakich oświadczeń i dokumentów wymaga i z jakich względów. Pogląd powyższy Izba wyraziła m.in. w wyroku z dnia 5 sierpnia 2011 r., sygn. akt: KIO 1557/11; w wyroku KIO z dnia 16 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1530/08, w wyroku KIO z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10; w wyroku z dnia 6 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2509/11; w wyroku z dnia 8 grudnia 2011 r., sygn. akt: KIO 2511/11; w wyroku Izby z dnia z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. KIO 2363/10, KIO 2364/10, KIO 2397/10; w wyroku z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt KIO 1359/10.

Zamawiający nie wskazał w wezwaniu, że wymaga uzupełnienia pisemnego zobowiązania oraz dokumentów i oświadczeń potwierdzających, że podmiot trzeci nie

podlega wykluczeniu z ubiegania się o zamówienia publiczne. Jeżeli intencją Zamawiającego było, aby Odwołujący uzupełnił również zobowiązanie i dokumenty, to powinien dać temu odpowiedni wyraz w treści wezwania. Skoro Zamawiający tego nie uczynił, to nie może wyciągać z tego powodu negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego i wykluczać go

z postępowaniu z powodu nieuzupełnienia dokumentów, do uzupełnienia których nigdy Odwołującego nie wzywał. W ocenie Odwołującego bez jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego w wezwaniu z dnia 29 grudnia 2011 r., że wymaga uzupełniania określonych dokumentów (tutaj - zobowiązania i dokumentów podmiotu trzeciego) Odwołujący nie miał obowiązku ich uzupełniania. Odwołujący nie ma bowiem obowiązku zgadywać, co było intencją Zamawiającego, tudzież jakie założenia Zamawiający przyjmował formując wezwanie do uzupełnienia, jeżeli nie dał im wyrazu w treści wezwania.

Na marginesie Odwołujący wskazał, że w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej nie budzi wątpliwości, iż zarówno pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego jak i dokumenty potwierdzające, że podmiot trzeci nie podlega wykluczeniu z postępowania, podlegają uzupełnieniu w trybie przewidzianym w art. 26 ust. 3 ustawy, stanowią bowiem tzw. dokumenty podmiotowe, tj. dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Obowiązujące przepisy nie tworzą żadnych przeszkód do tego, aby Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia wskazywanych zobowiązania i dokumentów podmiotu trzeciego.

W dniu **29 lutego 2012 roku** Zamawiający zawiadomił pozostałych wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwał ich do zgłoszenia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu **2 marca 2012 roku** do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Asseco Poland S.A. z siedzibą w Rzeszowie,** jednocześnie przekazując stronom postępowania odwoławczego kopię przystąpienia. Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu **2 marca 2012 roku** do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **Qumak – Sekom S.A; Infovide-Matrix S.A.; Centrum Informtyki „ZETO" S.A. z siedzibą dla lidera w Warszawie,** jednocześnie przekazując stronom postępowania odwoławczego kopię przystąpienia. Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W dniu **2 marca 2012 roku** do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **Hewlett – Packard Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,** jednocześnie przekazując stronom postępowania odwoławczego kopię przystąpienia. Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, wniosków złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestników postępowania zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

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

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp poprzez nieuzasadnione dokonanie czynności wykluczenia wykonawcy, który złożył wniosek w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wykluczenie wykonawcy z postępowania pozbawia zatem Odwołującego możliwości złożenia oferty, tym samym uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Po sprawdzeniu przesłanek zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła zgłaszających przystąpienie wykonawców w charakterze uczestników postępowania jako Przystępujących

do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „Wytworzenie i wdrożenie centralnego systemu przetwarzania dla Centrum Automatycznego Nadzoru Nad Ruchem Drogowym wraz ze świadczeniem usług gwarancyjnych oraz utrzymania i rozwoju systemu" prowadzi Zamawiający: Główny Inspektorat Transportu Drogowego w Warszawie.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 28 października 2011 r., numer ogłoszenia 2011/S 208-338889.

W dniu 29 grudnia 2011 roku konsorcjum Wasko wezwane zostało w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia następujących dokumentów:

1) wykazu wykonanych zamówień w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia określonego w sekcji III.2.3) pkt 1. Ogłoszenia o zamówieniu wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie – nie załączono dokumentów;

2) wykazu potencjału kadrowego, który będzie uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia – nie załączono dokumentu;
3) opłaconej polisy, a w przypadku jej braku innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 20 000 000 zł – załączono polisę oraz potwierdzenie opłacenia dwóch rat, nie załączono potwierdzenia opłacenia trzeciej, wymaganej na dzień składania wniosków raty;
4) pełnomocnictwa do reprezentowania wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – nie załączono dokumentu.

Wykonawca został wezwany do złożenia wyjaśnień w zakresie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa dokumentów załączonych do wniosku w pozycjach 3.15, 3.16, 3.17, 4. Jak zauważył Zamawiający – wbrew informacji zawartej w tych punktach – dokumenty nie zostały dołączone do wniosku. **Zamawiający założył jednak, że zostaną one uzupełnione w wyniku żądania wskazanego w punkcie 1 pisma.**

W dniu 9 stycznia 2012 roku wykonawca złożył obszerne wyjaśnienia odnośnie objęcia informacji znajdujących się we wniosku tajemnicą przedsiębiorstwa, tj. wykazu wykonanych zamówień, wykazu osób, zobowiązań podmiotów trzecich oraz wystawionych dla podmiotów trzecich dokumentów mających potwierdzać brak podstaw do wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz uzupełnił dokumenty wskazane przez Zamawiającego, w tym wykaz zamówień oraz wykaz osób. Uzupełnione dokumenty objęte zostały również klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa i jednocześnie wykonawca wskazał, że *„dokumenty te wyraźnie wymagane były w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym Konsorcjum WASKO było bezwzględnie zobowiązane złożyć ww. dokumenty pod rygorem wykluczenia z postępowania”.*

W dniu 20 stycznia 2012 roku Zamawiający zawiadomił o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, informując iż wykluczył wykonawcę konsorcjum Wasko na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ nie wykazał on, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca uzupełniając dokumenty złożył wykaz wykonanych zamówień i wykaz osób, z których wynikało, iż polega częściowo na potencjale podmiotu trzeciego. Zamawiający nie otrzymał od wykonawcy – wymaganego w przypadku powoływania się na potencjał podmiotu trzeciego – pisemnego zobowiązania, o którym mowa w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy Pzp, jak również nie otrzymał – wymaganych w przypadku polegania na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego, stosowanie do postanowień Sekcji III.2.1) pkt II.5 ogłoszenia o zamówieniu – dokumentów i oświadczeń wymienionych w punkcie I Sekcji III.2.1) ogłoszenia, potwierdzających, że podmiot trzeci nie

podlega wykluczeniu. Wobec niemożności uznania, że wykonawca ma prawo polegać na

wiedzy i doświadczeniu oraz osobach wskazanego podmiotu trzeciego, jak też wobec niewykazania, iż podmiot ten nie podlega wykluczeniu (…) Zamawiający nie uwzględnił pozycji 1 i 2 wykazu zamówień oraz pozycji 1 wykazu osób. W rezultacie wykonawca nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający zaznaczył, że procedura z art. 26 ust. 3 została wyczerpana i wykonawca nie może zostać powtórnie wezwany do uzupełnienia dokumentów objętych wcześniejszym wezwaniem. W powyższej sytuacji przesłanka wykluczenia wykonawcy określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp została spełniona.

Na powyższą czynność odwołanie złożył wykonawca Odwołujący się.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie zaś wnosił o jego oddalenie.

W dniu 8 marca 2012 roku wykonawca Odwołujący się złożył pismo procesowego, którym poszerzył argumentację zaprezentowaną w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż wykaz wykonanych zamówień i dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie, a także wykaz osób są dokumentami składanymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Dotyczą one bowiem strony podmiotowej zamówienia tj. wykonawcy, a nie oferowanego przedmiotu świadczenia. Dokumenty takie generalnie służą wykazaniu, że wykonawca zdolny jest do wykonania danego zamówienia, ze względu m.in. na posiadaną wiedzę i doświadczenie, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, znajdowanie się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamknięty katalog takich dokumentów określa, wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, 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), dalej „rozporządzenie o dokumentach". Artykułem 26 ust. 2b ustawy Pzp wprowadzona została także możliwość polegania na potencjale podmiotu trzeciego w zakresie wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu. W przypadku korzystania z dobrodziejstwa art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca zobligowany został do udowodnienia Zamawiającemu możliwości dysponowania tym potencjałem, przez złożenia co najmniej pisemnego zobowiązania lub innego dowodu, z którego będzie wynikało na jakich zasadach następuje udostępnienie.

W przypadku określenia przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, wykonawca korzystający z obcego potencjału, zobowiązany jest także wraz z wnioskiem lub ofertą złożyć dokumenty podmiotowe podmiotu udostępniającego wskazujące na brak podstaw do wykluczenia takiego podmiotu z postępowania.

W przypadku zaś przesłanek do wykluczenia wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dostrzeżenia wymaga, iż przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, na którą powołał się Zamawiający w piśmie z dnia 20 lutego 2012 roku aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał 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 art. 26 ust. 3 ustawy Pzp 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. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny, na co wskazuje sformułowanie „wzywa", a nie „może wezwać" i obliguje Zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie.

W rozpoznawanej sprawie, nie było sporne pomiędzy Stronami, iż oba wskazane wyjątki od zasady wzywania nie znajdują zastosowania. Nie zachodzą bowiem przesłanki do

unieważnienia postępowania, zaś na etapie składania wniosków w postępowaniu dwustopniowym nie może być mowy o odrzuceniu oferty. Kwestię sporną stawił zakres wystosowanego do wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentów, z którego, w ocenie Odwołującego, nie wynikał obowiązek złożenia pisemnego zobowiązania oraz dokumentów podmiotowych w stosunku do podmiotu trzeciego.

Zgodnie z art. 22 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, a przez wymienione przez Zamawiającego i wymagane dokumenty wykażą spełnianie tych warunków. Zważyć należy, iż w pierwotnej treści wniosku o dopuszczenie Odwołującego nie znajdowały się w nim ani wymagany wykaz zamówień, ani wykaz osób zdolnych do wykonania zamówienia. Wykonawca wskazał jedynie, że informacje znajdujące się w tych wykazach oraz zobowiązania podmiotów trzecich objęte zostały klauzulą tajemnicy przedsiębiorstwa. W takiej sytuacji Zamawiający prawidłowo zastosował procedurę wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentów. W ocenie składu orzekającego Izby Zamawiający

prawidłowo również zakreślił zakres uzupełnienia wskazując na wykaz usług i wykaz osób. Informacja o tajemnicy przedsiębiorstwa i objęciu nią dokumentów odnoszących się do polegania na potencjale podmiotu trzeciego, z której to, jak wskazywał na rozprawie Odwołujący, Zamawiający winien powziąć informację o sposobie wykazywania przez wykonawcę spełnianie warunków udziału w postępowaniu, była informacją lakoniczną, nie zawierającą jakiejkolwiek treści. Poza tym, to na wykonawcy, a nie Zamawiającym, ciąży obowiązek wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Za Zamawiającym powtórzyć należy także, że nie może on narzucić wykonawcy, czy też choćby wskazywać, sposobu, w jaki można wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu. To do wykonawcy należy decyzja, czy będzie on spełnianie warunków wykazywał polegając na własnym potencjale, czy też będzie posiłkował się potencjałem podmiotu obcego.
W przypadku zaś polegania na potencjale podmiotu trzeciego, jak wynika wprost z ustawy, to także wykonawca zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż takim potencjałem może dysponować. Skoro zatem wykonawca wezwany do uzupełnienia odpowiednich wykazów, mających potwierdzić spełnianie wymagań Zamawiającego, zdecydował się polegać na potencjale podmiotu trzeciego, to do niego należał obowiązek udowodnienia możliwości dysponowania tym potencjałem przez złożenie co najmniej pisemnego zobowiązania i obowiązek wykazania braku podstaw do wykluczenia przez złożenie odpowiednich dokumentów podmiotowych dla podmiotów, skoro obowiązek taki Zamawiający określił w ogłoszeniu o zamówieniu. Wykonawca będący profesjonalistą w obrocie gospodarczym, biorący udział w szeregu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, powołując się w wykazie na potencjał podmiotu trzeciego wiedział, że jego obowiązkiem jest udowodnienie dysponowania tym potencjałem. Wezwanie Zamawiającego nie musiało, a przede wszystkim w przedmiotowym przypadku – nie mogło, odnosić się do tej kwestii, choćby z uwagi na sposób, w jaki wykonawca skonstruował swój wniosek o dopuszczenie nie wypełniając go w przedmiotowym zakresie jakąkolwiek treścią. Słusznie zauważył w odwołaniu Odwołujący, że wykonawca nie musi domyślać się do uzupełnienia jakich dokumentów i oświadczeń zostaje wezwany. Wezwanie winno być precyzyjne i jednoznaczne. Dostrzec jednakże należy, że także Zamawiający nie może domyślać się w jaki sposób wykonawca wykazywał będzie spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający ocenia jedynie zasób informacji, jaki zostanie mu przez wykonawcę przekazany. Sytuacja Odwołującego być może prezentowałaby się inaczej, gdyby treść wniosku zawierała jakieś odniesienie do treści art. 26 ust. 2b. Wówczas być może także treść wezwania byłaby inna i odnosiła się do konieczności złożenia pisemnego zobowiązania lub innego dowodu na dysponowanie potencjałem. Jeżeli jednak wniosek pozbawiony był jakichkolwiek informacji, treść wezwania odnosiła się do brzmienia warunku określonego treścią ogłoszenia o zamówieniu i w ocenie składu orzekającego była prawidłowa. Natomiast to obowiązkiem wykonawcy było złożenie

prawidłowych i kompletnych dokumentów, z których wynikałoby spełnianie warunków udziału, w sposób, o wyborze którego zadecydował sam wykonawca. Nie załączając pierwotnie do wniosku niezbędnych dokumentów, wykonawca wziął na siebie ryzyko, że w przypadku uzupełnienia musi złożyć dokumenty prawidłowe, inaczej bowiem polegał będzie

wykluczeniu z postępowania, ponieważ nie będzie mu dana kolejna – trzecia – szansa na wykazanie spełniania warunków udziału. Możliwość jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia odnośnie brakujących lub błędnych dokumentów nie budzi wątpliwości i wielokrotnie potwierdzona została stanowiskiem orzecznictwa i doktryny.

Nie znajduje także potwierdzenia w materiale dowodowym twierdzenie, że Zamawiający wadliwie określił podstawę wykluczenia. Skoro wykonawca nie złożył dokumentów, na podstawie których możliwe było wywiedzenie, że spełnia on określone warunki udziału, to przywołanie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jako podstawy wykluczenia było prawidłowe.

Reasumując, to Zamawiający kształtując treść ogłoszenia, w tym określając swoje wymagania w zakresie żądanych dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału, przesądza o tym, co wchodzi w zakres wymaganej treści wniosku, natomiast wykonawca winien dążyć do jak najpełniejszego spełnienia tych wymagań, co nie miało miejsca w rozpoznawanym przypadku.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie oraz orzekła jak w sentencji nie dopatrując się w działaniu Zamawiającego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców i zasady zachowania uczciwej konkurencji, tj. naruszenia art. 7 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: ……