Sygn. akt KIO 859/12

WYROK
z dnia 9 maja 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 kwietnia 2012 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **1. „Impel Cleaning" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, 2. „TEMPO" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Fabryczna 2, 57-300 Kłodzko, 3. Franciszek Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Franciszek Piszczek Skalniak – Polskie Ogrody, Krosnowice 90, 57-362 Krosnowice,** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miejską Kłodzko, pl. Bolesława Chrobrego 1, 57-300 Kłodzko,**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu Gminie Miejskiej Kłodzko, pl. Bolesława Chrobrego 1, 57-300 Kłodzko, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Miejską Kłodzko, pl. Bolesława Chrobrego 1, 57-300 Kłodzko i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. „Impel Cleaning" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, 2. „TEMPO" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Fabryczna 2, 57-300 Kłodzko, 3. Franciszek Piszczek prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą Franciszek Piszczek Skalniak – Polskie Ogrody, Krosnowice 90, 57-362 Krosnowice, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Miejskiej Kłodzko, pl. Bolesława Chrobrego 1, 57-300 Kłodzko na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: 1. „Impel Cleaning" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Ślężna 118, 53-111 Wrocław, 2. „TEMPO" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Fabryczna 2, 57-300 Kłodzko, 3. Franciszek Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Franciszek Piszczek Skalniak – Polskie Ogrody, Krosnowice 90, kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Świdnicy.

Przewodniczący: ……..

Sygn. akt KIO 859/12

Uzasadnienie

Gmina Miejska Kłodzko (Zamawiający) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Wykonanie usług w zakresie pielęgnacji i utrzymania w czystości zieleni miejskiej na terenie miasta Kłodzka".
Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE z dnia 2 marca 2012 r. nr

2012/S 43-070426.
Odwołujący (wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: 1. „Impel Cleaning" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, 2. „TEMPO" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kłodzku, 3. Franciszek Piszczek prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Franciszek Piszczek Skalniak – Polskie Ogrody z siedzibą w Krosnowicach), zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „ustawą" lub „Pzp":

1) art. 7 ust. 1 i 3 przez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,
2) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, tj. Salus Adam Szopa z siedzibą we Wrocławiu, z udziału w postępowaniu, z powodu przesłanek, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4,
3) art. 24 ust. 2 pkt 3 przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy z uwagi na złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania,
4) art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 i 4,
5) art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4 przez wadliwe wykluczenie Odwołującego oraz odrzucenie jego oferty,
6) art. 46 ust. 4a przez wadliwe zatrzymanie wadium złożonego przez Odwołującego,
7) art. 91 ust 1 przez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1) uchylenia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej w oferty złożonej przez wykonawcę Salus Adam Szopa;
2) wykluczenia wykonawcy Salus Adam Szopa na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty,
3) uchylenia czynności wykluczenia Odwołującego, czynności odrzucenia oferty

---

Odwołującego oraz czynności zatrzymania wadium złożonego przez Odwołującego,
4) dokonania ponownej oceny ofert i wybór najkorzystniejszej oferty spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niewykluczonych z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazał, że ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ w razie uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego będzie ofertą najkorzystniejszą.
W uzasadnieniu odwołania odwołujący podał.
W dniu 20 kwietnia 2012 r. na podstawie zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej (pismo nr ZP-II.271.3.6.2012), Odwołujący powziął informację o wyborze oferty, która została złożona przez wykonawcę Salus Adam Szopa. W tym samym piśmie Zamawiający zawiadomił również Odwołującego o jego wykluczeniu z postępowania oraz o zatrzymaniu wadium.
Odwołujący nie zgadzając się z zasadnością decyzji Zamawiającego, wskazał, co następuje.
I. Wybrany wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania wobec zaistnienia wymienionych niżej okoliczności.
1. Na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt B.1 ppkt 1.3 SIWZ, w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, wykonawca na stronie 10 oferty przedstawił oświadczenie Józefa Basińskiego zawierające zobowiązanie o udostępnieniu podnośnika koszowego, w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a zatem w formie, która nie jest dopuszczalna na podstawie przepisu art. 26 ust. 2b ustawy. Odwołujący cytując przepis art. 26 ust. 2b ustawy wskazał, że wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W celu udowodnienia dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, ustawodawca przewidział dla zobowiązań podmiotów trzecich – formę pisemną.
Oceniając zobowiązanie na podstawie art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy, odwołujący podniósł, że do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli (...) lub, zgodnie z § 2 przepisu, oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej opatrzone bezpiecznym

podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu, jest równoznaczne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej. Kwestie interpretacyjne pisemności zobowiązań podmiotów trzecich zostały rozstrzygnięte na podstawie przepisów Kodeksu cywilnego. Odwołujący stwierdził, że skoro ustawodawca, dla zobowiązania podmiotów trzecich, zastrzegł formę pisemną, to należy uznać za wadliwe oświadczenie Józefa Basińskiego zamieszczone na str. 10 oferty, zawierające zobowiązanie o udostępnieniu

podnośnika koszowego, w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Odwołujący podał, że przepisy 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 (Dz. U. Nr 226, poz. 1817) – § 6 ust. 1 – wskazują, że dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę, przepis ten jednakże odnosi się do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyszczególnionych w rozporządzeniu.
2. Na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale A „Opis przedmiotu zamówienia" pkt 5, według którego „Każdy z Wykonawców winien ubezpieczyć wykonywane usługi w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody oraz następstwa powstałe w wyniku nieszczęśliwych wypadków dotyczące osób trzecich, które wystąpią w związku z wykonywanymi usługami. Szkody nieuznane przez ubezpieczyciela Wykonawcy a powstałe z przyczyn niewłaściwego zabezpieczenia i realizowania wykonywanych usług obciążają Wykonawcę".
Wykonawca na str. 17-19 oferty przedstawił polisę OC, która nie zawiera ubezpieczania w zakresie następstw nieszczęśliwych wypadków (pkt 8 polisy str. 19 oferty). W konsekwencji wykonawca nie spełnił warunku pkt B.1 ppkt 1.4 SIWZ.
3. Na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż nie posiada wymaganych uprawnień do wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243, z późn. zm.) oraz ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008, z późn. zm.). Zgodnie z załączonym pismem Starostwa Powiatowego w Kłodzku z dnia 26.04.2012 r. (sygn. OSR.604.2.2012.SW4) wybrany wykonawca nie uzyskał decyzji Starosty Kłodzkiego na gospodarowanie odpadami. W rezultacie wykonawca składając w ofercie oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia, złożył nieprawdziwe informacje, co winno skutkować wykluczeniem tego wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.

II. W zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, Zamawiający przekazał również informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, odrzuceniu jego oferty oraz o zatrzymaniu wadium. Jako podstawę wykluczenia Zamawiający wskazał przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, gdyż według Zamawiającego Odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, ponieważ nie uzupełnił dokumentów zgodnie z wezwaniem Zamawiającego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Zamawiającego, pismo przewodnie oraz tabela przesłane drogą elektroniczną w dniu 17.04.2012 r. (godz.11:49) zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną, gdyż podpisy złożone przez pełnomocnika konsorcjum w ofercie

znacznie różnią się od podpisu złożonego na piśmie przewodnim oraz wykazie narzędzi. Ponadto, Zamawiający stwierdził, że do dnia 20.04.2012 r. Odwołujący nie dostarczył podlegających uzupełnianiu oryginalnych dokumentów. Odwołujący podkreślił, że dokumenty przesłane Zamawiającemu w dniu 17.04.2012r. (godz. 11:49) zostały podpisane przez Michała Pawlaczka, a zatem przez osobę, która posiada stosowne pełnomocnictwo do reprezentowania całego konsorcjum.
W załączeniu odwołujący przekazał oświadczenie Michała Pawlaczka wraz z kserokopią dowodu osobistego oraz prawa jazdy, na których widnieją podpisy odpowiadające podpisom złożonym przez pełnomocnika w toku postępowania przetargowego. Odwołujący uznał argumentację Zamawiającego w tym zakresie, jako całkowicie chybioną.
W odniesieniu do zarzutu Zamawiającego, że do dnia 20.04.2012r. Odwołujący nie dostarczył podlegających uzupełnianiu oryginalnych dokumentów, Odwołujący wyjaśnił, że przesyłka z

oryginalnymi dokumentami została doręczona Zamawiającemu w dniu 23.04.2012 r., a zatem już czwartego dnia roboczego po dniu stanowiącym termin uzupełnienia dokumentów, co w ocenie Odwołującego wypełnia obowiązek niezwłocznego potwierdzenia, wynikający z pkt. B.5. ppkt 1 SIWZ. W pkt B.5. ppkt 1 SIWZ Zamawiający opisał, że wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i wykonawcy przekazują pisemnie. Zamawiający dopuścił porozumiewanie się faksem oraz pocztą internetową podając, że przesłane tą drogą informacje należy niezwłocznie potwierdzić pisemnie. W konsekwencji czynność zatrzymania wadium przez Zamawiającego została dokonana z rażącym naruszeniem przepisu art. 46 ust. 4a ustawy. Wobec powyższego Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający, powołując się na przepis art. 186 ust. 1 ustawy, wniósł odpowiedź na odwołanie (pismo z dnia 2 maja 2012 r.), przekazaną drogą elektroniczną i faksem w dniu 2 maja 2012 r., w formie kserokopii poświadczonej za zgodność z oryginałem w dniu 7 maja 2012 r. i w oryginalnej formie pisemnej w dniu 9 maja 2012 r. W piśmie podał, co następuje.
Zarzut nr 1 – zobowiązanie podmiotu trzeciego zawarte w wybranej ofercie spełnia wymagania pisemności wynikające z art. 9 ust. 1 ustawy i art. 78 Kodeksu cywilnego. Ponadto, forma dokumentu zgodna jest z postanowieniami SIWZ pkt B. 8. ppkt 2, cyt. „Wszystkie dokumenty muszą być złożone w oryginale lub kserokopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę."
Zarzut nr 2 – odnosi się do warunków udziału w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. Zamawiający podał, że wymagał wykazania przez wykonawcę posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 200 000 zł. Do oferty należało załączyć dowód opłaconej polisy, w przypadku płatności jednorazowej lub dowód opłacenia ostatniej raty, w przypadku płatności w ratach, a w

przypadku braku opłaconej polisy inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.
Wykonawca, firma „Salus", spełnił warunek udziału w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami B.1.1. pkt 4 SIWZ. Zarzut przedstawiony w odwołaniu odnosi się do opisu zawartego w części A.3. pkt 5 SIWZ „opis przedmiotu zamówienia", który dotyczy formalności związanych z zawarciem umowy. Zarzut nie odnosi się więc do warunków udziału w postępowaniu, na co wskazuje pkt B.12. ppkt 5 SIWZ oraz projekt umowy § 4, cyt. „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wykonywane usługi wynikające z niniejszej umowy oraz zobowiązuje się pokryć wszelkie szkody osób trzecich wynikłe z niewykonania lub nienależytego wykonania powierzonych mu czynności.". Wobec powyższego, w ocenie Zamawiajacego, nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.
Zarzut nr 3 – dotyczący braku posiadania wymaganych uprawnień do wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, wymagał złożenia przez Wykonawcę oświadczenia o spełnieniu w/w warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 ustawy, zgodnie z treścią zał. nr 2 do SIWZ. Wykonawca Firma „Salus" złożył stosowne oświadczenie wraz z ofertą, wobec powyższego nie zachodzi przesłanka do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy.
Zamawiający podniósł, że nie wymagał załączenia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania usług, gdyż nie stanowią one głównego przedmiotu zamówienia, jakim są usługi sadzenia roślin i utrzymania terenów zielonych (CPV 77.31.00.00 – 6).
Ponadto, Zamawiajacy wskazał, że drugą w kolejności oraz pod względem ceny ofertą złożoną w postępowaniu, jest oferta konsorcjum Impel Cleaning Sp. z o.o. Cena, za jaką konsorcjum zaproponowało wykonanie usługi przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. Zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy, zachodziłaby konieczność unieważnienia postępowania w sytuacji, gdyby Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą ofertę konsorcjum (cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie może zwiększyć tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty). Zamawiający stwierdził, że

wobec powyższego, Odwołujący nie ma interesu w złożeniu odwołania, gdyż w razie uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego nie będzie ofertą najkorzystniejszą.
Zamawiający wyjaśnił, że wezwał w dniu 13.04.2012 r., za pomocą faksu oraz pisemnie (Pocztą Polską), konsorcjum do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3

---

ustawy, tj. wykazu sprzętu wymaganego zgodnie ze SWIZ, gdyż Wykonawca przedstawił w ofercie wykaz sprzętu nie spełniający warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz oświadczeń o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia. Dokumenty należało uzupełnić w terminie do 17.04.2012r. do godz. 14:00. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca przesłał drogą mailową w dniu 17.04.2012 r. (godz. 11:49) uzupełnione dokumenty, które według Zamawiającego nie spełniają warunków udziału w postępowaniu dotyczącego potencjału technicznego (wykaz narzędzi), gdyż pismo przewodnie oraz tabela zostały podpisane przez osobę nieuprawnioną. Podpisy złożone przez pełnomocnika konsorcjum w ofercie znacznie różnią się od podpisu złożonego na piśmie przewodnim oraz wykazie narzędzi.
Oświadczenie o posiadaniu przez pełnomocnika konsorcjum Michała Pawlaczka dwóch wzorów podpisów zostały przekazane Zamawiającemu jako załącznik do odwołania w dniu 27.04.2012 r. Oferta przetargowa została podpisana, w ocenie Zamawiającego, podpisem nr 1, natomiast dokumenty podlegające uzupełnieniu podpisem nr 2.
Wykonawca do dnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. do 20.04.2012 r. nie dostarczył również podlegających uzupełnieniu oryginalnych dokumentów. Zostały przedłożone dokumenty oryginalne podlegające uzupełnieniu z pomyłką pisarską, o której poinformował wykonawca drogą mailową oraz pismem z dnia 17.04.2012 r. Zamawiajacy powołał się na komentarz do art. 46 ustawy – Prawo zamówień publicznych Małgorzaty Stachowiak.
Konsorcjum, wskutek przedłożenia dokumentów, które nie spełniają wymagań im stawianych zostało wykluczone z postępowania zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Ofertę wykonawcy wykluczonego Zamawiajacy uznał za odrzuconą na podstawie art.24 ust. 4 ustawy i zgodnie z art.46 ust. 4a ustawy, Zamawiający zatrzymał wadium wraz z odsetkami (wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie).
Zamawiający podał, że oryginalne dokumenty podlegające uzupełnieniu zostały dostarczone w dniu 23.04.2012 r., czyli 6. dnia po terminie ustalonym jako termin na uzupełnienie dokumentów, co w ocenie Zamawiającego nie wypełnia obowiązku niezwłocznego potwierdzenia, wskazanego w SIWZ B.5. ppkt 1: cyt. „Wszelkie oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie. Zamawiający dopuszcza porozumiewanie się faksem oraz pocztą internetową przesłane tą drogą informacje należy niezwłocznie potwierdzić pisemnie”. Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie udowodnił także, iż nie złożenie w terminie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Uznał, że nie dostarczenie dokumentów na czas wskazany przez Zamawiającego przez kuriera, nie jest przyczyną nieleżącą po stronie Wykonawcy.

Stwierdził, że czynności opisane w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej zostały dokonane zgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W dniu 8 maja 2012 r., Zamawiający przekazał Izbie faksem kserokopię pisma z tego samego dnia, skierowanego do wiadomości wykonawców i Prezesa Izby. W piśmie Zamawiający podał, że w związku z wniesionym odwołaniem unieważnił wybór oferty najkorzystniejszej z powodu zaniechania wzwania wykonawcy – Adm Szopa prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firmą „SALUS" do uzupełnienia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy. Wezwanie dotyczyło złożenia oryginalnego zobowiązania podmiotu trzeciego – Józefa Basińskiego, w terminie do dnia 11 maja 2012 r. do dodz. 14:00. Zamawiający podał, że pozostałe czynności pozostają bez zmian.

Na rozprawie pełnomocnik zamawiającego złożył pismo z dnia 9 maja 2012 r., w którym podał,

że Zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwał Adma Szopę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Firma „SALUS" – zwanego dalej „Salus” – do uzupełnienia dokumentu w postaci oryginału zobowiązania do udostępnienia podnośnika koszowego. Wniósł o oddalenie odwołania w całości i obciążenie Odwołującego kosztami postępowania, w tym kosztami zastępstwa wedle przedstawionej na rozprawie faktury VAT.
W uzasadnieniu pisma Zamawiający podał.
I. Ad 1. Wobec unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wezwania Salus do uzupełnienia oryginału zobowiązania, pomiędzy stronami nie istnieje spór w tym zakresie, a tym samym rozpoznanie odwołania w tym zakresie staje się bezprzedmiotowe. Powołał się na orzecznictwo Izby – sygn. akt KIO 2222/11 oraz wyrok z dnia 12 kwietnia 2012 r., sygn. akt KIO 590/12 i 600/12 (w tym wyrok sygn. akt KIO 707/11).
Zamawiający uznał, że pozostałe zarzuty dotyczące Salus nie zasługują na uwzględnienie z uwagi na przedstawione niżej okoliczności. W toku składania wyjaśnień na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego podał, że wykonawca złożył już oryginalne zobowiązanie.
Ad 2. Warunki udziału w postępowaniu zostały określone w rozdziale B pkt B.1 SIWZ i na podstawie dokonanego opisu Zamawiający dokonywał oceny ich spełnienia. Wskazał, że zadaniem i obowiązkiem Zamawiającego jest doprecyzowanie ogólnych warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 Pzp. Zamawiający w zakresie wymaganych uprawnień nie postawił żadnego dodatkowego wymogu i poza oświadczeniem o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu nie żądał żadnego dokumentu. Zamawiający w szczególności nie wymagał od wykonawców posiadania decyzji Starosty Kłodzkiego na gospodarowanie odpadami, a

ponadto dla realizacji zamówienia posiadanie takiego zezwolenia nie jest konieczne. Stwierdził zatem, że zarzut podania nieprawdziwych informacji w tym zakresie przez Salus należało uznać za bezzasadny.
Powołał się na wyrok Izby z dnia 18 marca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 108/10.
Ad 3. W zakresie polisy OC, Zamawiający podał, że zgodnie z określonymi warunkami wykonawca miał posiadać „ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 200 000 zł.” Żaden inny wymóg w zakresie postawionego warunku udziału w postępowaniu nie został przez Zamawiającego postawiony. Zamawiający nie żądał w szczególności, aby na etapie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawca posiadał ubezpieczenie „wykonywania usługi w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody oraz następstwa powstałe w wyniku nieszczęśliwych wypadków dotyczące osób trzecich, które wystąpią w związku z wykonywanymi usługami”. Zamawiający wskazał, że należy rozróżnić wymogi stawiane, jako warunki udziału w postępowaniu od wymogów związanych z realizacją zamówienia. Cytowany przez Odwołującego wymóg z Rozdziału A dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, a nie warunku udziału w postępowaniu, zatem posiadanie powyższego ubezpieczenia nie było konieczne na etapie składania ofert.
II. Zarzuty dotyczące bezzasadności wykluczenia Odwołującego z postępowania, w ocenie Zamawiającego, nie zasługują na uwzględnienie.
Ad 1. Zamawiający podtrzymał w całości argumentację przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, iż Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania z uwagi na fakt, że cena jego oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Z treści art. 179 Pzp wynika, iż odwołanie może wnieść tylko wykonawca, który posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Czyli skutkiem uwzględnienia odwołania powinna być możliwość uzyskania zamówienia. Skoro takiej możliwości nie ma – z uwagi na zbyt wysoką cenę, stwierdził, że to należy uznać, iż Odwołujący nie wykazał przesłanki materialnoprawnej do wniesienia odwołania, co skutkować powinno oddaleniem odwołania.
Ad 2. Zamawiający wskazał także, iż w przypadku oddalenia zarzutów dotyczących wybranego wykonawcy, odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących wykluczenia Odwołującego i zatrzymania wadium nie może być uwzględnione z uwagi na treść art. 192 ust. 2 Pzp, ponieważ inkryminowane naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.
Ad 3. W terminie określonym przez Zamawiającego w wezwaniu, Odwołujący nie doręczył mu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w wersji pisemnej. Z przesłanych wykazów sprzętu w wersji pisemnej wynika, iż część urządzeń jest

użyczona, a Odwołujący nie dołączył do wykazu zobowiązań do udostępnienia tych urządzeń. Jakkolwiek Odwołujący przesłał jeszcze raz wykaz twierdząc, że ten wcześniejszy jest

nieprawidłowy to należy zwrócić uwagę, iż dokument ten nie został doręczony Zamawiającemu w terminie określonym w wezwaniu w wersji pisemnej.
Zamawiający uznał za zasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania, powołał się na wyrok Izby z dnia 7 lutego 2011 r., sygn. akt KIO 144/11.
W konkluzji Zamawiający uznał, że zawarta w piśmie argumentacja potwierdza, iż zarzuty przedstawione w odwołaniu są niezasadne i odwołanie, jako takie podlega oddaleniu.

Wykonawca Adam Szopa prowadzący działalność gospodarczą pod Firmą „SALUS" z siedzibą we Wrocławiu nie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego ze względu na zgłoszenie przystąpienia w wymaganej formie po upływie ustawowego terminu. Kopia odwołania wraz z wezwaniem do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym została przekazana wykonawcy w dniu 30 kwietnia 2012 r. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zostało zgłoszone faksem w dniu 2 maja 2012 r., a w formie pisemnej w dniu 9 maja 2012 r. Przepis art. 185 ust. 2 i 3 ustawy stanowi, że *(2. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazujac stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.
3. Wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron).*
Ustawowy termin zgłoszenia przystąpienia w wymaganej formie upłynął wykonawcy w dniu 4 maja 2012 r.

Na podstawie przedstawionych stanowisk stron i po przeprowadzeniu rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

I. Przepis art. 179 ust. 1 ustawy (przesłanka badana z urzędu według stanu na dzień wniesienia odwołania, stanowiąca o uprawnieniu do wniesienia środka ochrony prawnej i wskazująca, że brak legitymacji skutkuje oddaleniem odwołania, nawet w sytuacji potwierdzenia zarzutów naruszenia przepisów ustawy) stanowi, że środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Legitymacja czynna do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeśli spełnione są kumulatywne dwie

przesłanki: odwołujący posiada lub posiadał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Brak określenia, że wykonawca musi wykazać „interes prawny" pozwala uznać, że wystarczające jest wykazanie interesu faktycznego. Istotne jest, że interes wykonawcy jest związany z uzyskaniem danego zamówienia, co oznacza, że odwołujący winien wykazać, że posiada potrzebę uzyskania konkretnego zamówienia będącego przedmiotem postępowania prowadzonego przez zamawiającego.
Odwołujący legitymuje się interesem w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, wnosząc odwołanie, gdyż potwierdzenie zarzutu zaniechania przez Zamawiającego wezwania wybranego wykonawcy – Adam Szopa prowadzący działalność gospodarczą pod Firmą „SALUS" – do złożenia oryginalnego zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia wiedzy i doświadczenia w postaci podnośnika koszowego, potwierdzenie braku ubezpieczenia w zakresie odpowiedzialności od następstw nieszczęśliwych wypadków i stosownej decyzji administracyjnej do świadczenia usługi oraz potwierdzenie zarzutu naruszenia przepisów ustawy przez czynność wykluczenia odwołującego z postępowania, uznania jego oferty za odrzuconą i zatrzymania wadium, spowodowałoby, że oferta

odwołującego, jako jedyna oferta złożona obok oferty wybranej, byłaby oceniana, jako oferta najkorzystniejsza (ceny ryczałtowe ofert za 1 miesiąc wykonywania usługi: oferta wybrana – 25.580,01 zł, oferta odwołującego – 38 556,00 zł).
Izba nie miała podstaw, by podzielić stanowisko Zamawiającego, że prawdopodobieństwo zaistnienia przesłanki z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy (zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty) pozbawia wykonawcę legitymacji czynnej do wniesienia odwołania.
Okoliczności wskazane w przepisie dotyczą wyłącznie: złożenia oferty z najniższą ceną albo oferty wybranej, jako najkorzystniejszej, ceny oferty przewyższającej kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie może zwiększyć zamierzonej kwoty do kwoty ceny wskazanej oferty. W toku badania i oceny ofert, oferta odwołującego nie została wybrana, jako najkorzystniejsza, nie jest też ofertą z najniższą ceną i Zamawiający nie wykazał przeprowadzenia analizy finansowej pod kątem braku możliwości ewentualnego zwiększenia kwoty do ceny oferty odwołującego. Przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy nie wyłącza przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy.
II. Rozpoznając odwołanie, Izba miała na uwadze, że z przepisów ustawy w przedmiocie zakresu postępowania odwoławczego, wynika, że z jednej strony zostało wprowadzone ograniczenie przedmiotowe dla odwołującego w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechanie

---

czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy (art. 180 ust. 1 i 3 ustawy), a z drugiej strony dla KIO, która nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy) – wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 15 lipca 2011 r., sygn. akt XXIII Ga 416/11. Z wyroku wynika, że w postępowaniu odwoławczym, odwołujący nie może rozszerzyć żądania czy występować z nowym żądaniem ponad określone w odwołaniu, zaś zamawiający nie może zmieniać ani rozszerzać podstawy faktycznej dokonanej czynności lub zaniechania czynności, po wniesieniu odwołania. Zatem, odwołujący związany jest zarzutami zawartymi w odwołaniu dotyczącymi:
1) wybranego wykonawcy – zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia oryginalnego zobowiązania oraz dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy, jako najkorzystniejszej, mimo wadliwej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, brak polisy w zakresie ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków i złożenie oświadczenia o treści odpowiadającej przepisowi art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy (posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania), w sytuacji, gdy wykonawca nie uzyskał decyzji Starosty Kłodzkiego o gospodarowaniu odpadami;
2) odwołującego – wykluczenie z postępowania z zastosowaniem następstw prawnych tej czynności, tj. uznanie oferty za odrzuconą i zatrzymanie wadium.
Zamawiający natomiast jest związany stanowiskiem w przedmiocie badania i oceny ofert wyrażonym w piśmie z dnia 20 kwietnia 2012 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej) wraz z informacją przedstawioną w piśmie z dnia 8 maja 2012 r. i na rozprawie w zakresie powtórzenia w części czynności badania oferty jednego z wykonawców, przy zaniechaniu takich czynności wobec drugiego wykonawcy, gdy w jednym i drugim przypadku wystąpiło zaniechanie czynności: uzupełnienia oferty, czy rozwiania wątpliwości związanych z podpisaniem dokumentów przez pełnomocnika strony odwołującej.

Postępowanie odwoławcze prowadzone jest na zasadzie kontradyktoryjności i zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ust. 3 wskazanego artykułu stanowi, że dowodami są w szczególności dokumenty, zeznania świadków, opinie biegłych oraz przesłuchanie stron.

Odnosząc powyżej wskazane regulacje do stanu faktycznego rozpoznanej sprawy, Izba stwierdziła, co następuje.

III. W zakresie zarzutów dotyczących wybranego wykonawcy **–** Adam Szopa prowadzący działalność gospodarczą pod Firmą „SALUS".
1. Zamawiający przyznał zasadność zarzutu przez czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty. Wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty przez złożenie oryginalnego oświadczenia Józefa Basińskiego (podmiotu trzeciego). Wymagane uzupełnienie zostało złożone w tym samym dniu (czynności z dnia 8 maja 2012 r. – potwierdzone w pisemnym stanowisku zamawiającego z dnia 9 maja 2012 r. oraz w wyjaśnieniach złożonych ustnie do protokołu na rozprawie). Zatem, Izba uznała, że Zamawiający powtórzył czynność unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwania wykonawcy – Adam Szopa – na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy do złożenia właściwego dokumentu – zobowiązania podmiotu trzeciego i w tym zakresie, na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy (Wydając *wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania),* nie nakazała dokonania czynności już dokonanych przez Zamawiającego.
2. Odnośnie zarzutu braku ubezpieczenia od następstw nieszczęśliwych wypadków, Izba ustaliła, zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, że zarzut ten dotyczy pkt A.3. ppkt 5 SIWZ „opis przedmiotu zamówienia", tj. formalności związanych z zawarciem umowy. Zarzut nie odnosi się do warunków udziału w postępowaniu, na co wskazuje pkt B.12. ppkt 5 SIWZ oraz projekt umowy § 4. Rozdz. A. Opis przedmiotu zamówienia pkt A.3 ppkt 5: „Każdy wykonawca winien ubezpieczyć wykonywane usługi w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody oraz następstwa powstałe w wyniku nieszczęśliwych wypadków dotyczące osób trzecich, które wystąpią w związku z wykonywanymi usługami. Szkody nieuznane przez ubezpieczyciela Wykonawcy a powstałe z przyczyn niewłaściwego zabezpieczenia i realizowania wykonywanych usług obciążają Wykonawcę", jest wymogiem zawarcia ubezpieczenia na etapie realizacji umowy, a nie warunkiem udziału w postępowaniu. Świadczy o tym nie tylko usytuowanie opisu w części dotyczącej opisu przedmiotu zamówienia, ale przede wszystkim treść opisu. Zamawiający nie żądał też żadnego potwierdzenia dotyczącego zawarcia umowy ubezpieczenia. W ocenie Izby zarzut ten nie został potwierdzony.
Zarzut nr 3 – dotyczący braku posiadania wymaganych uprawnień do wykonywania usług stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, wymagał wyłącznie złożenia oświadczenia o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 ustawy, zgodnie z treścią załącznika nr 2 do SIWZ. Zamawiający nie opisał sposobu dokonania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w sposób adekwatny do przedmiotu zamówienia. Treść oświadczenia podana w załączniku nr 2 do SIWZ w pkt 1 jest powtórzeniem przepisu art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy. Przepis ten odsyła do odrębnych przepisów prawa na podstawie, których odbywa się weryfikacja uprawnienia wykonawcy. Zamawiający

powinien był opisać, wymagania co do obowiązku posiadania odpowiednich uprawnień i ewentualnie wskazać dokument, którego złożenie stanowiłoby potwierdzenie posiadania wymaganych uprawnień (koncesja, zezwolenie, licencja – § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).
Opis zawarty w specyfikacji na obecnym etapie postępowania nie podlega ocenie. Odwołujący zarzucając, że oświadczenie wykonawcy zawiera nieprawdziwe informacje, załączył jako dowód pismo Starosty Kłodzkiego z dnia 26 kwietnia 2012 r., w którym podano, że wykonawca nie uzyskał decyzji Starosty Kłodzkiego na gospodarowanie odpadami. By uznać, że oświadczenie wykonawcy nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu i jego treść stanowi informację nieprawdziwą, Odwołujący zobowiązany był wskazać z jakiego przepisu prawa wynika obowiązek posiadania uprawnień na gospodarowanie odpadami. Odwołujący wskazał w odwołaniu dwa akty prawne, tj. ustawę o odpadach i ustawę o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Na rozprawie wskazał art. 9 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, który określa elementy, jakie powinno zawierać zezwolenie oraz czas, na jaki wydaje się zezwolenie, a także przyczyny odmowy wydania zezwolenia. W zakresie ustawy o odpadach wskazał art. 20, który określa co powinien zawierać program gospodarki odpadami

niebezpiecznymi, wskazał także art. 27 i 28 tej ustawy, które określają jakie elementy zawiera zezwolenie na prowadzenie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów oraz okoliczności, w jakich wymagane jest uzyskanie zezwolenia. Zamawiający natomiast wskazał, że usługa będąca przedmiotem zamówienia nie wymaga uzyskania zezwolenia, gdyż wynika to z art. 28 ust. 9 ustawy o odpadach stanowiącego, że uzyskanie zezwolenia nie jest wymagane od wytwórcy odpadów, który zbiera wytworzone przez siebie odpady w miejscu ich wytworzenia lub transportuje wytworzone przez siebie odpady. Zamawiający załączył jednostronicowe opracowanie kierownika Wydziału Gospodarki Komunalnej i Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Kłodzka z którego wynika, że do wykonania usługi będącej przedmiotem zamówienia nie jest wymagane posiadanie zezwolenia. Na podstawie powyższego, Izba mając na względzie, że zamawiający nie żądał dokumentu na potwierdzenia spełnienia warunku wynikającego z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy, zaś odwołujący zarzucając, że złożone oświadczenie jest nieprawdziwe, nie przedstawiając przy tym dowodu, z którego by wynikało, że wykonawca zobowiązany jest posiadać jakiekolwiek zezwolenie, uznała zarzut ten za nieudowodniony. Także z orzecznictwa Izby wynika, że informacje nieprawdziwe, są to informacje sprzeczne z faktycznym stanem, złożone świadomie przez wykonawcę w celu uzyskania zamówienia (np. KIO 2770/10 z dnia 5 stycznia 2011 r., KIO 2252/11 z dnia 2 listopada 2011 r.).
IV. Zarzuty dotyczące odwołującego.
1. Wykluczenie odwołującego z postępowania, uznanie jego oferty za odrzuconą i zatrzymanie

wadium – art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4, art. 46 ust. 4a oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. W tym zakresie Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 13 kwietnia 2012 r. do złożenia oświadczeń oraz wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca (załącznik nr 4 do SIWZ). Oświadczenia i dokument miały być dostarczone faksem lub drogą elektroniczną oraz pisemnie listem poleconym, do dnia 17 kwietnia 2012 r. do godz. 14:00. Wezwanie zostało dokonane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r. przekazanym Zamawiającemu w dniu 17 kwietnia 2012 r. drogą elektroniczną o godz. 8:09 Odwołujący przekazał wyżej wymienione dokumenty i oświadczenia. O godz. 10:40 w dniu 17 kwietnia 2012 r. wpłynęło do Zamawiającego pisemne uzupełnienie żądanych oświadczeń i dokumentów. O godz. 11:49 w tym dniu Odwołujący przekazał ponownie przesyłkę drogą elektroniczną i wyjaśnił, że przesyłka przekazana o godz. 8:09 zawiera błąd w załączniku nr 4. Odwołujący prosił by Zamawiający nie brał pod uwagę wersji przekazanej o godz. 8:09. Pisemne uzupełnienie z poprawionym załącznikiem nr 4 zostało doręczone Zamawiającemu w dniu 23 kwietnia 2012 r. Pismem z dnia 20 kwietnia 2012 r. odwołujący wyjaśnił, że pełnomocnik Michał Pawlaczek umocowany na podstawie pełnomocnictwa z dnia 4 kwietnia 2012 r. nr 298/2012 podpisał uzupełnione dokumenty. Wyjaśnił również, że przesyłkę pisemną z poprawionym załącznikiem nadał w dniu 18 kwietnia 2012 r. (zlecenie przesyłki kurierskiej firmie K-EX Sp. z o.o.).
Załącznik nr 4 do SIWZ „Wykaz niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca" zawiera 33 pozycje. W 6 kolumnie tabeli pt. „Informacje o podstawie dysponowania zasobami", w trzech pozycjach 2, 3, 6 zamiast określenia „Sprzęt własny", Odwołujący podał „Sprzęt użyczony". Pismo z dnia 20 kwietnia 2012 r. wpłynęło do Urzędu w dniu 23 kwietnia 2012 r., w którym wyjaśniono podpis pełnomocnika i nadanie listu poleconego przesyłką kurierską. W wyjaśnieniu z dnia 25 kwietnia 2012 r. załączonym do odwołania wskazano i wyjaśniono dwa sposoby podpisu, który złożył Michał Pawlaczek.
W ofercie na str. 2, 3, 4 i następnych zamieszczone są jednakowe podpisy pełnomocnika, natomiast na str. 63/1 oferty został złożony podpis (pismem pochylonym pod innym kątem) oświadczenie w sprawie powierzenia podwykonawcom usług i różnice w tym zakresie nie były kwestionowane przez Zamawiającego.
Ze złożonych dokumentów oraz wyjaśnień Zamawiającego złożonych na rozprawie wynika, że Zamawiający na podstawie porównania podpisu Michała Pawlaczka złożonego w ofercie oraz na uzupełnionych dokumentach uznał, że jest to podpis osoby nieuprawnionej.
Zamawiający nie żądał wyjaśnień w tym zakresie, nie przeprowadził dowodu i nie przedstawił na rozprawie potwierdzenia, że podpis złożyła inna osoba posługująca się imieniem i nazwiskiem oraz pieczątką imienną pełnomocnika. Wykluczenie wykonawcy z postępowania na

podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy powinno być poprzedzone czynnościami zamawiającego, których efektem jest ustalenie podstawy wykluczenia ponad wszelką wątpliwość. Zatem, w tej sytuacji, w ocenie Izby zamawiający powinien powtórzyć czynność badania oferty Odwołującego. Odnośnie dochowania terminu złożenia uzupełnienia oferty w formie wskazanej w wezwaniu, tj. formy pisemnej obok formy elektronicznej lub faksu, w ocenie Izby należało uznać, że zarzut Odwołującego jest uzasadniony. W specyfikacji zamawiający dopuścił formę porozumiewania się drogą elektroniczną pod warunkiem niezwłocznego potwierdzenia korespondencji w formie pisemnej, również w piśmie z dnia 13 kwietnia 2012 r., mimo zmiany co do formy pisemnej w stosunku do opisu zawartego w specyfikacji, Zamawiający dopuścił formę przekazu drogą elektroniczną oraz pisemnie. W ocenie Izby, należy uznać, że do godz. 14:00 w dniu 17 kwietnia 2012 r. Odwołujący przekazał zamawiającemu uzupełnienie drogą elektroniczną wersji poprawionej już o godzinie 11:49 oraz w formie pisemnej o godzinie 10:40. Omyłka pisarska dotycząca trzech pozycji – 2, 3 i 6, zamiast wyrazów „Sprzęt własny" wstawiono „Sprzęt użyczony", została wyjaśniona w tym samym dniu. Odwołujący wykazał, że podjął czynności związane z przekazaniem pisemnym poprawionego uzupełnienia przesyłką kurierską i w związku z dostarczeniem tej przesyłki w dniu 23 kwietnia 2012 r. podjął czynności wyjaśniające przyczyny przekazywania przesyłki – 18-23 kwietnia 2012 r. Z tych względów Izba uznała, że stanowisko Zamawiającego odnośnie niedochowania terminu wskazanego w wezwaniu podlega weryfikacji. Następstwem niedochowania terminu do dokonania czynności, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, jest zatrzymanie wadium wykonawcy na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy.
Orzekając w przedmiocie odwołania na podstawie zarzutów sformułowanych przez odwołującego i biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, tj. fakt, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego prowadzone przez zamawiającego po uchyleniu wyboru oferty najkorzystniejszej i przystąpieniu do badania oferty wybranego wykonawcy, a zaniechaniu powtórzenia badania oferty odwołującego, narusza zasadę równego traktowania wykonawców, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego. Przepis art. 192 ust. 2 ustawy stanowi, że *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Przepisy ustawy nie definiują wyniku postępowania. Posługując się definicją postępowania o udzielenie zamówienia wyrażoną art. 2 pkt 7a ustawy należy uznać, że jest to postępowanie, którego celem jest dokonanie wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego. Niewątpliwie wynikiem postępowania jest zawarcie umowy o wykonanie zamówienia. W toku postępowania odwoławczego dowiedziono, że czynność pierwotnego wyboru oferty została dokonana z naruszeniem przepisów ustawy, które miało istotny wpływ na ten wybór. Czynność ponownego wyboru

najkorzystniejszej oferty zostanie dokonana po zakończonym badaniu ofert. Reasumując Izba uznała, że mimo dokonania przez zamawiającego czynności unieważnienia wadliwego wyboru najkorzystniejszej oferty, zamawiający w okolicznościach rozpoznawanej sprawy, powinien powtórzyć również czynność badania i oceny oferty odwołującego, gdyż czynność dotychczasowa została dokonana wadliwie, a skutkiem tej czynności jest zatrzymanie wadium. Zgodnie z postanowieniem Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2010 r. sygn. akt V CSK 456/090 zatrzymanie wadium jest czynnością dokonaną w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i wykonawcy służą środki ochrony prawnej, odwołanie w takim przypadku podlega rozpoznaniu przez Izbę.

Z powyższych względów Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 2 i ust. 3 pkt 1 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 oraz w związku z art. 46 ust. 4a ustawy, mając na uwadze także art. 94 ust. 3 ustawy, w myśl którego z wykonawcą zakwalifikowanym na dalszej pozycji może być zawarta umowa o zamówienie publiczne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a, pkt 2 lit. b i § 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).

Przewodniczący: ……..