

WYROK

z dnia 28 lutego 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 22 i 23 lutego 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] KFB Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Mydlana 7, 51-502 Wrocław (pełnomocnik) i [2] BAASA Acoustic s.c., ul. Gdyńska 25 58-100 Świdnica w postępowaniu prowadzonym przez Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Instytut

Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Krucza 5/11D, 00-548

Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] KFB Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Mydlana 7, 51-502 Wrocław (pełnomocnik) i [2] BAASA Acoustic s.c., ul. Gdyńska 25 58-100 Świdnica

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] KFB Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Mydlana 7, 51-502 Wrocław (pełnomocnik) i [2] BAASA Acoustic s.c., ul. Gdyńska 25 58-100 Świdnica tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] KFB Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Mydlana 7, 51-502 Wrocław (pełnomocnik) i [2] BAASA Acoustic s.c., ul. Gdyńska 25 58-100 Świdnica na rzecz zamawiającego Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) 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 244/18

Zamawiający Główny Inspektorat Ochrony Środowiska, ul. Wawelska 52/54, 00-922 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Wykonanie oceny stanu klimatu akustycznego środowiska w skali kraju wraz z nadzorem metodycznym nad systemem monitoringu hałasu w latach 2018-2020, Część I (Oceny, weryfikacja danych, raportowanie)«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 28.10.2017 r. pod nrem 2017/S 208-430495.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

- Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 i 2018) zwanej dalej w skrócie »Pzp«.

Zamawiający poinformował 30.01.2018 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Instytut Ochrony Środowiska - Państwowy Instytut Badawczy, ul. Krucza 5/11D, 00-548 Warszawa [dalej IOŚ];
- 2) wykluczeniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] KFB Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Mydlana 7, 51-502 Wrocław (pełnomocnik) i [2] BAASA Acoustic s.c., ul. Gdyńska 25 58-100 Świdnica (dalej wykonawca BA), gdyż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp i art. 24 ust. 4 Pzp.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] KFB Polska Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu, ul. Mydlana 7, 51-502 Wrocław (pełnomocnik) i [2] BAASA Acoustic s.c., ul. Gdyńska 25 58-100 Świdnica, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wnieśli 9.02.2018 r. do Prezesa KIO odwołanie na czynności i zaniechania zamawiającego podczas dokonywania wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz na czynność wykluczenia odwołującego z postępowania przez:

- 1) dokonanie błędnej oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KFB Polska Sp. z o.o. oraz BAASA Acoustic s.c. (dalej jako wykonawca KFB lub odwołujący) i uznanie, że wykonawca KFB podlega wykluczeniu, a oferta odrzuceniu, co należy uznać za działanie co najmniej przedwczesne;

- 2) ustalenie błędnego stanu faktycznego;

- 3) zaniechanie wezwania wykonawcy KFB do złożenia dokumentów, zgodnie z cz. VII

ust. 6 SIWZ - w sytuacji, gdy po otwarciu ofert to oferta odwołującego uzyskała de facto najwyższą punktację;

4) nierówne traktowanie uczestników ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, a co za tym idzie złamanie zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 Pzp - przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców m.in. przez uznanie na podstawie samych oświadczeń w JEDZ, że wykonawca KFB nie spełnia wymagań postępowania w zakresie cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ, podczas gdy w analogicznej sytuacji wobec wykonawcy IOŚ - na podstawie jedynie jego oświadczeń w JEDZ stwierdzono, że wykonawca ten spełnia to wymaganie;

2) art. 24aa ust. 1 Pzp - przez zaniechanie jego zastosowania wobec wykonawcy KFB i niewezwanie wykonawcy KFB do złożenia dokumentów, zgodnie z cz. VII ust. 6 SIWZ - w sytuacji, gdy oferta odwołującego posiadała wyższą punktację niż oferta drugiego wykonawcy;

3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp - przez wykluczenie wykonawcy KFB z postępowania, pomimo że wykonawca KFB dysponuje wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do zrealizowania przedmiotu postępowania, a załączone przez wykonawcę KFB oświadczenia do oferty potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez zamawiającego do udziału w postępowaniu;

4) art. 22 ust. 1 i 1a i art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp - przez naruszenie reguły niezmienności SIWZ po otwarciu ofert i dokonywanie uszczegółowienia i nadinterpretacji wymagania z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ w stosunku do doświadczenia przedstawionego w SIWZ przez wykonawcę KFB;

5) art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - przez dokonywanie swobodnej oceny warunków udziału w postępowaniu wbrew literalnej treści ogłoszenia i z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców - przez bezpodstawne uznanie, że oferta wykonawcy KFB nie spełnia wymagań postępowania i podlega wykluczeniu, w sytuacji, gdy wykonawca KFB nie został wezwany do złożenia dowodów należytego wykonania zamówienia wskazywanego na spełnienie wymagania z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ;

6) art. 91 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie wyboru oferty wykonawcy KFB jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

7) art. 26 ust. 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania względem wykonawcy KFB i niewezwanie wykonawcy KFB do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp;

8) art. 26 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie wezwania wykonawcy KFB do złożenia dowodów co do zakresu jak i należytego wykonania danego zamówienia, składanych przez wykonawcę KFB na potwierdzenie spełnienia wymagania z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ, w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego z 14.12.2017 r. dotyczyło wyłącznie uzupełnienia treści JEDZ, a nie uzupełnienia dokumentów wykonawcy KFB;

9) art. 26 ust. 4 Pzp - przez zaniechanie wezwania wykonawcy KFB do wyjaśnień w sytuacji gdy zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie dysponowania wymaganą przez zamawiającego wiedzą i doświadczeniem;

10) § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) - przez nieskorzystanie przez zamawiającego z możliwości bezpośredniego zwrócenia się do właściwego podmiotu, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonane, o złożenie dodatkowych informacji lub dokumentów w sytuacji, gdy u zamawiającego zrodziły się wątpliwości w zakresie oświadczeń wykonawcy KFB w JEDZ.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności oceny ofert;

- 2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 3) przywrócenie oferty wykonawcy KFB i dokonanie ponownej oceny ofert wraz z wezwaniem wykonawcy KFB do złożenia dokumentacji zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp;
- 4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 5) dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KFB.

Odwołujący wniósł również o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z dokumentów załączonych do odwołania oraz wskazanych w treści odwołania, a znajdujących się w ofercie wykonawcy KFB;
- 2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania;
- 3) wyznaczenie rozprawy po 19.02.2018 r. z uwagi na nieobecność pełnomocnika wykonawcy KFB przed wskazaną datą.

Argumentacja odwołującego

Naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp

30.01.2018 r. zamawiający doręczył odwołującemu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty. Odwołujący wskazuje, że czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty odwołującego, jako oferty złożonej przez podmiot podlegający wykluczeniu, nie znajduje podstawy w przepisach Pzp oraz treści ogłoszenia i SIWZ. Zamawiający nie dopełnił ciążącego na zamawiającym obowiązku obiektywnej i rzetelnej oceny złożonej przez odwołującego oferty i zaniechał zastosowanie szeregu przepisów Pzp, w tym wezwania zgodnie z art. 26 ust. 1 Pzp, bez których zastosowania nie możliwym było stwierdzenie, że odwołujący nie wykazał spełnienia wymagań - w tym wymagania z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ.

Zamawiający bezpodstawnie wykluczył odwołującego i odrzucił ofertę odwołującego.

Wobec powyższego oferta odwołującego powinna zostać poddana ocenie i wybrana do realizacji zamówienia. W sytuacji, gdy zamawiający działałby zgodnie z przepisami Pzp oferta odwołującego zostałaby uznana za najkorzystniejszą, ponieważ plasowałaby się na pozycji wyższej niż wybrana oferta wykonawcy IOŚ.

Dowód: Pismo zamawiającego z 30.01.2018 r. - wybór najkorzystniejszej oferty.

Naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w wz. art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp

Zamawiający określił w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ warunek udziału w postępowaniu zgodnie z którym odwołujący wykazał, że »wykonuje lub wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej [...] jedną usługę obejmującą przygotowanie projektu raportu z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych „Reportnet” Europejskiej Agencji Środowiska«.

Odwołujący na spełnienie warunku udziału postępowania z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 c SIWZ wskazało pracę wykonaną przez wykonawcę BAASA Acoustics s.c. (dalej wykonawca BA) na rzecz podmiotu PZDW obejmującą: wykonanie map akustycznych obszarów położonych w otoczeniu dróg wojewódzkich o średniorocznym natężeniu ruchu powyżej 3 mln pojazdów oraz wykonanie okresowego pomiaru poziomu hałasu dróg wojewódzkich o średniorocznym natężeniu ruchu powyżej 3 mln pojazdów (2016 r.). Łączna długość 150 km.

Zamawiający 14.12.2017 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia treści JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, bowiem według posiadanych przez niego informacji usługa wykonania przez członka konsorcjum dla podmiotu PZDW nie spełniała wymagań z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 c SIWZ - pkt 3 wezwania zamawiającego.

Dowód: - wezwanie zamawiającego z 14.12.2017 r. - w aktach postępowania.

W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący zarzucił, że zamawiający nie ma podstaw do negowania wskazanego w JEDZ doświadczenia odwołującego. Brak jest podstaw do uznania, że praca wykonana przez wykonawcę BA na rzecz podmiotu PZDW obejmowała

przygotowanie danych, które - wedle sformułowania użytego przez zamawiającego - „nie jest projektem całego raportu”. Fakt spełnienia przez wykonawcę przedmiotowego kryterium wynika już z samej treści umowy zawartej przez wykonawcę BA z podmiotem PZDW, w tym z dokumentacji przetargowej. Zamówienie wykonane dla podmiotu PZDW było zamówieniem publicznym. Dokumentacja do zamówienia, w szczególności Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (dalej OPZ) wraz z załącznikami, stanowiła integralną część umowy. Zawarta w tej dokumentacji lista czynności, do wykonania których zobowiązany był wykonawca BA w ramach umowy, wskazywała m.in., że wykonawca BA „przygotuje niezbędne raporty do przekazania Komisji Europejskiej dotyczące wykonania map hałasu” (str. 4 pkt 11 OPZ).

Powyższe *expressis verbis* potwierdza spełnienie kryterium sformułowane w SIWZ w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 c SIWZ.

Dowód: - odpowiedź odwołującego z 21.12.2017 r. - w aktach postępowania.

Dla uniknięcia wszelkich ewentualnych wątpliwości, niezależnie od przytoczonego wyżej argumentu, odwołujący w swojej odpowiedzi do zamawiającego podkreślił, że należy przyjąć, że w świetle zarówno prawa Unii Europejskiej, jak i prawa krajowego, praca zrealizowana przez wykonawcę BA w ramach powołanej wyżej umowy, jednoznacznie kwalifikuje się jako całość (a nie część) projektu raportu z zakresu danych dotyczących środowiska. Wynika to choćby z brzmienia Dyrektywy 2002/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 czerwca 2002 r. odnoszącej się do oceny i zarządzania poziomem hałasu w środowisku. Dyrektywa w sposób odrębny i zindywidualizowany traktuje każdy z obszarów, których dotyczą obowiązki objęte dyrektywą, tj. obszary aglomeracji miejskich, głównych dróg, głównych linii kolejowych i głównych lotnisk. Wynika to wprost choćby z treści Załącznika VI do Dyrektywy, który w sposób odrębny dla danych obszarów charakteryzuje zakres danych (a więc zakres raportów stanowiących jedną całość dla danego obszaru) przekazywanych Komisji.

Powyższe usankcjonowanie jest także praktyką realizacji obowiązków wynikających z Dyrektywy, i to zarówno praktyką „krajową”, jak i „europejską”. I tak, pliki z informacjami przekazywanymi Komisji Europejskiej (a więc „projekty raportów” właśnie) określone są odrębnie dla poszczególnych obszarów objętych obowiązkiem raportowania. Ponadto, każdy z „podmiotów zarządzających” obszarem, do którego odnoszą się obowiązki wynikające z Dyrektywy i przepisów implementujących Dyrektywę, samodzielnie zleca realizację stosownych obowiązków, w tym projektów raportów przekazywanych do Komisji (czego wyrazem jest choćby umowa zawarta przez wykonawcę BA z podmiotem PZDW).

Zakres tej usługi spełnia wszystkie wymagania stawiane usłudze wskazanej przez zamawiającego w SIWZ.

Niezależnie od powyższego, odwołujący zastosował się w pełni do wezwania zamawiającego z 14.12.2017 r. i uzupełnił złożone formularze JEDZ o bardziej szczegółowy opis, które zostały dołączone do odpowiedzi odwołującego. M.in. wskazano wprost, że zakres tej usługi obejmował: pomiary hałasu drogowego, model akustyczny, opracowanie mapy akustycznej, przygotowanie raportów do przekazania KE z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych „Reportnet” Europejskiej Agencji Środowiska.

Zamawiający nie wzywał już odwołującego do żadnych wyjaśnień czy uzupełnień, co do usługi wykonanej przez wykonawcę BA na rzecz podmiotu PZDW. Odwołujący nie został wezwany do złożenia dokumentów z art. 25 ust. 1 Pzp - w tym dowodów należytego wykonania tej usługi. Odwołujący działał zatem zgodnie z zakresem i wytycznym z wezwania

zamawiającego z 14.12.2017 r.

Dlatego dużym zaskoczeniem dla odwołującego była decyzja zamawiającego z 30.01.2018 r. o wykluczeniu odwołującego z uwagi na niewykazanie spełnienia wymagań postępowania - art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Jak odwołujący miał wykazać spełnienie wymagań, jak nie miał nawet okazji złożyć zamawiającemu dokumentów z art. 25 ust. 1 Pzp, w tym dowód należytego wykonania usługi itp.?

Zamawiający podjął swoją decyzja na postawienie samego oświadczenie odwołującego z JEDZ, co należy uznać za niedopuszczalne i stanowczo przedwczesne wobec niewypełnienia przez zamawiającego procedury z SIWZ i Pzp, która to procedura dawałaby zamawiającemu prawo do takiego stanowiska.

W analizowanej sytuacji można by zastanowić się co najwyżej nad art. 24 ust. 1 pkt 17

Pzp jeżeli pomimo jasnego oświadczenia odwołującego w JEDZ zamawiający twierdzi, że wskazana usługa nie spełnia wymagań w SIWZ. Jednak w takim przypadku zamawiający musiałby mieć dowody, że odwołujący w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zamawiający takich dowodów nie posiada.

W swojej decyzji z 30.01.2018 r. zamawiający pisze: „Z wiedzy zamawiającego (informacja przekazana przez podmiot PZDW za pośrednictwem Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska do Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska) wynika; że praca ta obejmowała przygotowanie danych zawierających jedynie informacje z mapy akustycznej wykonanej dla podmiotu PZDW w arkuszach zgodnych z wymaganiami Komisji Europejskiej, co nie jest wymaganiem dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu, projektem całego raportu, a tylko jego niewielką częścią”.

W związku z powyższym odwołujący 2.02.2018 r. zwrócił się do zamawiającego o udostępnienie odwołującemu informacji, jaka została przekazana zamawiającemu przez podmiot PZDW za pośrednictwem WIOŚ do GIOŚ, na które się zamawiający powołuje w uzasadnieniu swojej decyzji z 30.01.2018 r. o odrzuceniu oferty wykonawcy (m.in. str. 2 uzasadnienia).

Dowód: wniosek odwołującego z 2.02.2018 r. - w aktach postępowania.

W odpowiedzi, zamawiający przekazał odwołującemu jedynie pismo Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska z 10.08.2017 r. oraz e-mail podmiotu PZDW z 24.07.2017 r. dot. przekazania map akustycznych dróg wojewódzkich województwa podkarpackiego.

Dowód: pismo Podkarpackiego Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska z 10.08.2017 r. oraz e-mail podmiotu PZDW z 24.07.2017 r. dot. przekazania map akustycznych dróg wojewódzkich województwa podkarpackiego - w aktach postępowania.

Z dokumentów tych w żaden sposób nie wynika, że praca wykonana przez wykonawcę BA na rzecz podmiotu PZDW nie obejmowała swoim zakresem przygotowania raportów do przekazania KE z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych „Reportnet” Europejskiej Agencji Środowiska.

Zamawiający nie miał żadnych podstaw do wysnucia z tych pism takich wniosków i de facto zarzucenia odwołującemu złożenia nieprawdziwego oświadczenia w JEDZ, zamawiający dokonał zbyt daleko idącej nadinterpretacji postanowień SIWZ i niezgodnie z ustawą Pzp wykluczył odwołującego z postępowania.

W załączeniu do odwołania odwołujący składa referencje od podmiotu PZDW, potwierdzającą jednoznacznie, że praca wykonana przez wykonawcę BA na rzecz podmiotu PZDW obejmowała przygotowanie kompletnego raportu do przekazania KE z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych „Reportnet” Europejskiej Agencji Środowiska.

Dowód: referencja od podmiotu PZDW - w załączeniu do odwołania.

Gdyby zamawiający działał zgodnie z ustawą Pzp i SIWZ i wezwał odwołującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, nie doszłoby do bezpodstawnego wykluczenia odwołującego z postępowania.

Wobec powyższego, odwołujący wykazał, że dochował należytej staranności, aby złożyć zamawiającemu wszelkie informacje, o które zamawiający wzywał odwołującego. Dlatego też odwołujący nie kryje zdziwienia, że zamawiający zdecydował się na wykonanie tak

nieuzasadnionej czynności w tym stanie faktycznym, jaką było wykluczenie odwołującego z postępowania.

Ponownie odwołujący wskazuje, że w swoim wykazie z JEDZ precyzyjnie opisał zakres prac oraz terminy ich zakończenia. Mając zatem na uwadze obowiązujące orzecznictwo KIO należy uznać, że zamawiający uznał oświadczenia odwołującego z Wykazu za de facto nieprawdziwe. W innym przypadku nie doszłoby do bezpodstawnego odrzucenia oferty odwołującego.

Naruszenie art. 26 ust. 1, 3 i 4 Pzp oraz § 2 ust. 6 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów.

Zamawiający w cz. VII ust. 16 SIWZ wskazał, że „Zgodnie z art. 24aa Pzp zamawiający najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Natomiast w cz. VII ust. 6 Pzp zamawiający ustalił, że:

„Zamawiający przed udzieleniem zamówienia; wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia następujących oświadczeń lub dokumentów (...)”.

Zamawiający w ogóle nie zastosował powyższej procedury z cz. VII ust. 6 SIWZ. Pomimo tego, że oferta odwołującego z uwagi na cenę i pozostałe kryteria oceny oferty zajmowała wyższe miejsce od drugiej z ofert, zamawiający nie wezwał odwołującego do złożenia dokumentów z art. 25 ust. 1 Pzp - czym doprowadził do przedwczesnego, niesłusznego wykluczenia odwołującego.

W sytuacji, gdy odwołujący uzupełnił JEDZ w oczekiwany przez zamawiającego sposób, zgodnie z wezwaniem z 14.12.2017 r., zamawiający nie miał podstaw, aby z góry uznać, że wskazywana usługa dla podmiotu PZDW nie spełnia warunków SIWZ.

Zamawiający powinien wezwać odwołującego do uzupełnień z art. 26 ust. 1 Pzp, a gdyby te okazały się niekompletne zawsze mógł wezwać do uzupełnienia dowodów na potwierdzenie twierdzeń odwołującego, co do omawianej usługi.

Nieprawdziwe jest twierdzenie, że zamawiający wyczerpał wobec odwołującego procedurę z art. 26 ust. 3 Pzp. Wezwanie zamawiającego z 14.12.2017 r. było wezwaniem wprost do konkretnego uzupełnienia treści JEDZ o dane informacje. Odwołujący nie miał podstaw do składania w odpowiedzi na takie wezwanie referencji czy innych dowodów na zakres przedmiotowej usługi. Zamawiający nie oczekiwał tego w swoim wezwaniu. Złożenie referencji powinno mieć miejsce dopiero na wezwanie z art. 26 ust. 1 Pzp, którego odwołujący nie otrzymał. Jak zatem zamawiający mógł stwierdzić, że odwołujący nie wykazał

10

spełnienia wymagań z SIWZ na podstawie samego JEDZ, który jest wyłącznie wstępną informacją od oferentów?

Zamawiający w podsumowaniu swojej decyzji o wykluczeniu odwołującego wskazuj, że: „Mając na uwadze powyższe okoliczności, w ocenie zamawiającego wobec nieuzupełnienia skutecznego formularza JEDZ w zakresie dowodu spełnienia warunku odnoszącego się do wiedzy oraz doświadczenia wykonawcy wykluczenie wykonawcy z postępowania stało się uzasadnione i konieczne”.

Stwierdzenie to jest nielogiczne i niezgodne z tym co zamawiający oczekiwał w SIWZ oraz wobec treści wezwania z 14.12.2017 r. Raz jeszcze podkreślamy, że zamawiający w swoim wezwaniu nie chciał żadnych dowodów na zakres usługi dla podmiotu PZDW, a jedynie uzupełnienie treści JEDZ. Zgodnie z SIWZ jakiegokolwiek dowody dla Wykazu usług powinny być składane na konkretne wezwanie zamawiającego zgodnie z cz. VII ust. 6 pkt 6 SIWZ.

Ponadto zamawiającemu pozostawał jeszcze art. 26 ust. 4 Pzp. Zgodnie z art. 26 ust. 4 Pzp „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1”. Przepis ten jest obligatoryjny dla zamawiającego, dlatego też nie ulega wątpliwości, że w sytuacji, gdy zamawiający miał wątpliwości do składanych dokumentów przez odwołującego to zamawiający zobowiązany był do zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp i powinien wezwać odwołującego do wyjaśnień w danym zakresie. Oczywiście po uprzednim wyczerpaniu procedury z art. 26 ust. 1 i 3 Pzp.

Dopiero prawidłowe wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp i jednoznaczne wskazanie, dlaczego zdaniem zamawiającego znajdujący się w ofercie wykonawcy wykaz sprzętu jest niedoskonały, może być podstawą do rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia i podjęcia decyzji o wykluczeniu wykonawcy.

Wezwanie zamawiającego z 14.12.2017 r. było wezwaniem do uzupełnienia konkretnych informacji w JEDZ, do którego w pełni zastosował się odwołujący. Uzasadnienie decyzji zamawiającego z 30.01.2018 r. o wykluczeniu odwołującego jest chybione, a przywołane przez zamawiającego orzecznictwo w uzasadnieniu nieadekwatne do przedmiotowej sytuacji.

Zamawiający nie skierował do odwołującego ani wezwania z art. 26 ust. 1 Pzp, ani prawidłowego wezwania z art. 26 ust. 3 Pzp, jak i wezwania do wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp. Wyłącznie wyczerpanie tej procedury uprawniałoby do postawienia wobec odwołującego w sposób skuteczny zarzutu z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W związku z tym zamawiający mógł bez problemu skontaktować się z podmiotem, na rzecz którego wykonywane były określone usługi, aby wyjaśnić wątpliwości. Zamawiający zaniechał wezwania odwołującego do wyjaśnień i nie skorzystał z uprawnienia z § 2 ust. 6

11

rozporządzenia, czym doprowadził do sytuacji, gdzie odwołujący, który dysponuje doświadczeniem wymaganym w SIWZ został de facto zbyt pochopnie wykluczony. Zamawiający swoją wiedzę na temat omawianej usługi oparł wyłącznie o swoje wewnętrzne dokumenty, nie zwracając się bezpośrednio do podmiotu z Rzeszowa, który był beneficjentem danej usługi.

Naruszenie art. 22 ust. 1, art. 22 ust. 1a oraz art. 38 ust. 4 Pzp

Z uzasadnienia decyzji zamawiającego z 30.01.2018 r. wynika, że zamawiający dokonuje nadinterpretacji postanowień SIWZ już po upływie terminu składania ofert. Zamawiający dokonał naruszenia m.in. art. 22 ust. 1 Pzp przez dokonywanie swobodnej oceny warunków udziału w postępowaniu wbrew literalnej treści ogłoszenia i z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców.

Zamawiający w decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego pisze: »Zamawiający uznał, że przedstawiona usługa wykonana przez wykonawcę BA nie spełnia wymagań SIWZ, ponieważ z wiedzy zamawiającego wynika, że usługa dotyczyła jedynie 15 odcinków dróg w województwie podkarpackim objętych opracowaniem mapy akustycznej, co nie jest projektem raportu do Centralnego Repozytorium Danych „Reportnet” Europejskiej Agencji Środowiska.

Zamawiający publikując 21.11.2017 r. odpowiedź na pytanie nr 5 do SIWZ dotyczące przedmiotowego warunku tj. „...jedną usługę obejmującą przygotowanie projektu raportu z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych Reportnet Europejskiej Agencji Środowiska” wskazał, że warunek ten dotyczy usługi obejmującej przygotowanie raportu z zakresu danych dotyczących środowiska, a nie stanu akustycznego środowiska, co jednoznacznie oznaczało, że zamawiający oczekuje od wykonawcy wykazania doświadczenia w tworzeniu projektu raportu, który nie musi dotyczyć jedynie stanu akustycznego środowiska, ale może dotyczyć również innych komponentów środowiska tj. w szczególności: woda, powietrze, przyroda, dla których opracowuje się projekty raportu do Centralnego Repozytorium Danych „Reportnet” Europejskiej Agencji Środowiska. (...) Biorąc pod uwagę powyższe, zamawiający wymagał, żeby usługa dotyczyła opracowania projektu raportu, a nie tylko jego części składowej o niewielkim fragmentarycznym charakterze w dodatku dotyczącym tylko jednego z rodzajów hałasu tj. fragmentu głównych dróg dla województwa podkarpackiego (na obszarze poza aglomeracjami), wymienionego w załączniku nr VI do Dyrektywy 2002/49/WE dotyczącymi danych przekazywanych do Komisji; stąd zamawiający uznał, że wykonawca nie spełnia wymagań SIWZ. Zgodnie z zakresem danych, przekazywanych do Komisji określonym w załączniku nr VI do Dyrektywy 2002/49/WE projekt raportu składa się z danych dotyczących narażenia na hałas z ruchu kołowego, mchu szynowego, lotniska i miejsc

12

prowadzenia działalności przemysłowej dla obszaru aglomeracji oraz danych dotyczących narażenia na hałas z głównych dróg, głównych linii kolejowych i głównych lotnisk poza obszarami aglomeracji».

Przywołany powyżej wywód zamawiającego nie znajduje żadnego potwierdzenia

w SIWZ, zgodnie z którym wymagane cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ warunek udziału w postępowaniu - był jasny, a mianowicie ubiegający się o zamówienie wykonawca ma wykazać, że »wykonuje lub wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej:

a) jedną usługę obejmującą przygotowanie projektu raportu z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych Reportnet Europejskiej Agencji Środowiska».

Wykonawca KFB w wykazie z JEDZ przedstawił wymaganą przez zamawiającego usługę obejmującą przygotowanie projektu raportu z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych Reportnet Europejskiej Agencji Środowiska. Stwierdzenia o tym, że raport jest niepełny czy dotyczy „jedynie 15 odcinków dróg w województwie podkarpackim objętych opracowaniem mapy akustycznej” nie powinny mieć tutaj miejsca.

W ocenie odwołującego niedopuszczalnym jest przyjęcie powyższej interpretacji wymagań z SIWZ, zwłaszcza w świetle braku zastrzeżenia tego w treści ogłoszenia. Takie postępowanie zamawiającego jest nieprawidłowe i narusza przepisy Pzp. Zamawiający stawiając określone warunki udziału w postępowaniu musi robić to w sposób precyzyjny i jednoznaczny, tak by umożliwić wykonawcy prawidłowe złożenie wniosku lub oferty. Tym bardziej nie może stawiać dodatkowych warunków po wszczęciu postępowania jak miało miejsce to w rozpoznawanej sprawie. Jak słusznie wskazała Izba, zamawiający po otwarciu ofert nie może oceniać w sposób dowolny, ale wyłącznie w taki sposób jak wynika to z treści SIWZ.

Działania zamawiającego naruszają przepisy prawa. Zamawiający nie może bowiem definiować wymagania, co do doświadczenia w zakresie przygotowania projektu raportu po ogłoszeniu warunków udziału w postępowaniu. Zarzuty zatem są zasadne.

Naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp

Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Zamawiający naruszył tę zasadę, co znajduje potwierdzenie w zarzutach i uzasadnieniu do niniejszego odwołania. Zamawiający w sposób subiektywny, znany tylko jemu samemu,

13

ocenił oświadczenia wykonawców z JEDZ, stwierdzając że oświadczenia konsorcjum są de facto nieprawdziwe, a dając wiarę w takiej samej sytuacji oświadczeniom drugiego z wykonawców - IOŚ.

Odwolujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 9.02.2018 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 9.02.2018 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

12.02.2018 r. wykonawca IOŚ złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy - Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód nr 1 - materiał własny odwołującego przedstawienie stanowiska dotyczącego raportowania na wykazanie spełnienia wymagań przez odwołującego;
- 2) dowód nr 2 - umowa podmiotu PZDW z wykonawcą BA (także OPZ i oferta) na wykazanie, że usługa wykonana dla podmiotu PZDW obejmowała wykonanie raportu zgodnie z wymaganiami KE (str. 4 ust. 11 OPZ);
- 10-13) dowody nr 10-13 - fragmenty SIWZ innych zamawiających (GDDKiA, województwa lubelskiego, miasta Zabrze) na wykazanie powszechnego nazywania przez innych zamawiających wymaganych zbiorów informacji raportami;
- 14) dowód nr 14 - pismo Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z 13.09.2016 r. wskazujące na nowe szablony GIS do raportowania;

B) zamawiającego:

- 3) dowód nr 3a, 3b i 3c - zakres informacji z map akustycznych w raporcie dla KE mający wskazać na czym polega raportowanie dla KE;
- 4 i 5) dowody nr 4 i 5 - mapa i wydruki z Exelu z zaznaczeniem fragmentu wskazanego przez odwołującego i z zaznaczeniem fragmentów danych wykonanych przez odwołującego na wykazanie fragmentaryczności usług wykonanych przez odwołującego;
- 6) dowód nr 6 - wydruk pokazujący które państwa z UE pokazują mapy akustyczne (nie tylko Polska), a więc wykonawcy z tamtych państw mogą spełniać warunki udziału w rozpoznawanym postępowaniu;
- 7) dowód nr 7 - dotyczącego tylko dróg w Polsce na wykazanie jaka jest zawartość raportów;
- 8) dowód nr 8 - załącznik VI do dyrektywy hałasowej (2002/49/WE) dane przekazywane KE na wykazanie zakresu danych przekazywanych do KE.

C) przystępującego:

- 9) dowód nr 9 - różne wydruki z Internetu na wykazanie, że w Europie są 33 państwa zobligowane do składania sprawozdań do KE, a więc jest zachowana konkurencyjność postępowania; informacje z map akustycznych i szablon do wypełnienia na wykazanie, że informacje te nie stanowią raportu do KE, a tylko element danych wsadowych do sporządzenia raportu; przykład danych przekazanych przez podmiot PZDW, które dopiero należy zwalidować i uzupełnić oraz przykład arkusza walidacyjnego pokazujący, czy dane są prawidłowe do raportu, czyli już z nadanymi kodami identyfikacyjnymi do KE.

Izba nie wzięła pod uwagę dowodów 5-7 i części dowodów 3 i 9 ze względu na złożenie tych dowodów w języku obcym bez przetłumaczenia ich na język polski.

W ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp - przez naruszenie przy ocenie i wyborze oferty najkorzystniejszej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców m.in. przez uznanie na podstawie samych oświadczeń w JEDZ, że odwołujący nie spełnia wymagań postępowania w zakresie cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ, podczas gdy w analogicznej sytuacji wobec wykonawcy IOŚ - na podstawie jedynie oświadczeń wykonawcy IOŚ w JEDZ zamawiający stwierdził, że wykonawca IOŚ spełnia to wymaganie oraz nie zasługuje na uwzględnienie zarzut drugi naruszenia art. 24aa ust. 1 Pzp - przez zaniechanie zastosowania art. 24aa ust. 1 Pzp wobec odwołującego i niewzewanie odwołującego do złożenia dokumentów, zgodnie z cz. VII ust. 6 SIWZ - w sytuacji, gdy oferta odwołującego posiadała wyższą punktację niż oferta drugiego wykonawcy.

Izba stwierdza, że zamawiający przewidział w SIWZ zastosowanie tzw. procedury odwrotnej, na podstawie art. 24aa ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu«. W związku z tym zamawiający najpierw dokonał oceny ofert, a dopiero w drugiej kolejności zbadał czy wykonawca, którego ofertę została najwyżej oceniona spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zgodnie z niżej przedstawioną argumentacją - odwołujący został wykluczony z postępowania, mimo że przedstawił ofertę ocenioną jako najkorzystniejsza, a oferta odwołującego uznana za odrzuconą. Z tego względu zamawiający dokonał wyboru oferty przystępującego, bo przystępujący nie podlegał wykluczeniu, a jego oferta nie podlegała oddaleniu. Z powodów, o których szczegółowo niżej, zamawiający w trakcie postępowania równo traktował wszystkich wykonawców i nie naruszył zasad uczciwej konkurencji, czyli nie naruszył art. 7 ust. 1 Pzp. Art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w wz. art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp - przez wykluczenie wykonawcy KFB z postępowania, pomimo że wykonawca KFB dysponuje wiedzą i doświadczeniem niezbędnym do zrealizowania przedmiotu postępowania, a załączone przez wykonawcę KFB oświadczenia do oferty

potwierdzają spełnianie warunków postawionych przez zamawiającego do udziału w postępowaniu - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający warunkował udział w postępowaniu zwłaszcza w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c [str. 5] SIWZ. Postanowienie to brzmi »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące [...] zdolności technicznej lub zawodowej [...] posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie tj. Wykonawca wykaże, że wykonuje lub wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeśli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, co najmniej [...] jedną usługę obejmującą przygotowanie projektu raportu z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych „Reportnet” Europejskiej Agencji Środowiska« [pisownia oryginalna - przyp. Izby]. Ponadto zamawiający doprecyzował to postanowienie przed upływem terminu składania ofert 21.11.2017 r. w odpowiedzi na pytanie nr 5 do SIWZ. W tym akcie zamawiający podkreślił, że warunek cyt. »dotyczy usługi obejmującej przygotowanie raportu z zakresu danych dotyczących środowiska, a nie stanu akustycznego środowiska [...]«. Również w piśmie z 21.11.2017 r. w odpowiedzi na pytanie nr 3 do SIWZ zamawiający zmienił treść postanowienia cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. b SIWZ wprowadzając tam pojęcie obszaru administracyjnego cyt. »co najmniej jednego województwa lub regionu«.

W związku z tym Izba stwierdza, że biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia oraz treść postanowień cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. a-e SIWZ, że zamawiający jednoznacznie wymagał aby wykonawca - mogący się legitymować doświadczeniem nabytym nawet za granicą - wykazał, że posiada doświadczenie przygotowania raportu z zakresu danych dotyczących środowiska na terenie całego kraju. Zakres merytoryczny został wyraźnie określony w odpowiedzi na pyt. 5. Natomiast zakres terytorialny został określony przez niewskazywanie jakichkolwiek ograniczeń w stosunku do konkretnego terytorium lub innych cech. I tak w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. a SIWZ zamawiający określił minimalną wartość

wykazywanej usługi na poziomie 200 000 zł, w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. b SIWZ zamawiający pokazał minimalny zakres terytorialny wymaganej usługi na obszarze minimum jednego województwa, w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. d SIWZ zamawiający ograniczył zakres do 20 osób, a w ostatniej cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. e SIWZ zamawiający również ograniczył zakres wykazywanej usługi do fragmentu lub całego miasta. Skoro tylko w jednym postanowieniu (cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ) brak było wskazania konkretnych ram dla przedstawienia wykonanej usługi i zamawiający odnosił się do poprzednich postępowań stwierdzając w przytoczonej odpowiedzi nr 5, że ze względu na wysoką wartość zamówienia wykonawcą może być nie tylko dotychczasowy wykonawca (obecny przystępujący), ale również inny wykonawca z terenu Europy. Biorąc do tego pod uwagę zakres przedmiotowy całego zamówienia (Wykonanie oceny stanu klimatu akustycznego środowiska w skali kraju [..]) nie

17

może być poddawane w wątpliwość, że zamawiający postawił warunek przygotowania projektu raportu z zakresu danych dotyczących środowiska całego kraju, a nie jakiegokolwiek obszaru np. jednej ulicy, co byłoby absurdalne.

Odwolujący powoływał się na regułę, że wątpliwości powinny być interpretowane na korzyść wykonawców i przedstawił na ten temat utarte stanowisko Izby w wielu wyrokach. Odnosnie tego Izba stwierdza, że nie może być żadnych wątpliwości, ale tak należy interpretować postanowienia budzące kontrowersje. Takie podejście ma źródło w łacińskiej paremii *In dubio contra proferentem*, co w języku Słowackiego brzmi *Wątpliwości należy interpretować przeciw autorowi*. Jednak w rozpoznawanym postanowieniu nie ma dalszych niejasności, dlatego należy zastosować się do innej paremii *Clara non sunt interpretanda*, co oznacza, że Nie należy dokonywać wykładni jasných przepisów (czy postanowień).

Jak Izba wyżej to wywiodła, postanowienie w zestawieniu całej treści SIWZ oraz odpowiedzi na pytania do SIWZ jest jasne, dlatego nie można rozpoznawanego SIWZ już dalej próbować tłumaczyć, a szczególnie brać pod uwagę interpretacji na »korzyść wykonawców«.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 22 ust. 1 i 1a i art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp - przez naruszenie reguły niezmienności SIWZ po otwarciu ofert i dokonywanie uszczegółowienia i nadinterpretacji wymagania z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ w stosunku do doświadczenia przedstawionego w SIWZ przez wykonawcę KFB - nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że zamawiający nie zmienił swoją interpretacją postanowień SIWZ. Zamawiający wymagał w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ aby wykonawcy wykazali, że wykonali »co najmniej [...] jedną usługę obejmującą przygotowanie projektu raportu z zakresu danych dotyczących środowiska do Centralnego Repozytorium Danych „Reportnet” Europejskiej Agencji Środowiska«.

Nie można stwierdzić, że warunek ten nie jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, szczególnie na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty, a nie na etapie upublicznienia SIWZ, przed upływem terminu składania ofert. Należy mieć na uwadze przedmiot zamówienia, który obejmuje skalę całego kraju. Dlatego nie można stwierdzić, że zamawiający formułując postanowienia SIWZ, a także oceniając spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia naruszył art. 22 ust. 1a Pzp, który brzmi »Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności«. W związku z tak sformułowanym warunkiem (zacytowanym wyżej) zamawiający wykluczył wykonawcę

18

(obecnego odwołującego), który wykazał się doświadczeniem spełnienia świadczenia na obszarze około 5,8% kraju - $[(18\,000\text{ km}^2 : 312\,000\text{ km}^2) \times 100\% = 5,77\%$, gdzie 312 000 km² - powierzchnia Polski, 18 000 km² powierzchnia województwa podkarpackiego].

Dlatego należy warunek odczytywać jako uzyskanie doświadczenia w sporządzeniu projektu raportu i to raportu bez żadnych ograniczeń terytorialnych, a więc dotyczącego obszaru »skali kraju«, a nie jak się zasugerował odwołujący - projekt fragmentu raportu np. dotyczącego obszaru jednego województwa. Skoro odwołujący nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku doświadczenia, to zamawiający musiał wykluczyć takiego wykonawcę z postępowania, a więc zamawiający nie naruszył art. 22 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do

potwierdzenia zainteresowania».

Izba nie może stwierdzić także naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1b pkt 3 Pzp, który brzmi »Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć [...] zdolności technicznej lub zawodowej«, gdyż właśnie warunek postawiony przez zamawiającego w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ dotyczył zdolności zawodowej wykonawcy, ubiegającego się o udzielenie zamówienia i odwołujący nie wykazał jego spełnienia w wymaganym przez zamawiającego zakresie. Dodatkowo Izba stwierdza, że odwołujący nie wykazał naruszenia art. 38 ust. 4 Pzp ani naruszenia żadnego innego przepisu Pzp w związku z przepisem art. 38 ust. 4 Pzp. Przepis art. 38 ust. 4 Pzp brzmi »W uzasadnionych przypadkach zamawiający może przed upływem terminu składania ofert zmienić treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dokonaną zmianę treści specyfikacji zamawiający udostępnia na stronie internetowej, chyba że specyfikacja nie podlega udostępnieniu na stronie internetowej. Przepis art. 37 ust. 5 stosuje się odpowiednio«.

W związku z wyżej wykazanymi przyczynami Izba nie może przychylić się do zarzutu czwartego naruszenia art. 22 ust. 1 i 1a i art. 22 ust. 1b pkt 3 w zw. z art. 38 ust. 4 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 22 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp - przez dokonywanie swobodnej oceny warunków udziału w postępowaniu wbrew literalnej treści ogłoszenia i z naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców - przez bezpodstawne uznanie, że oferta wykonawcy KFB nie spełnia wymagań postępowania i podlega wykluczeniu, w sytuacji, gdy wykonawca KFB nie został wezwany do złożenia dowodów należytego wykonania zamówienia wskazywanego na spełnienie wymagania z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ oraz zarzut ósmy naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp - przez zaniechanie wezwania wykonawcy KFB do złożenia dowodów co do zakresu jak i należytego wykonania danego zamówienia, składanych przez wykonawcę KFB na potwierdzenie spełnienia

19

wymagania z cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ, w sytuacji, gdy wezwanie zamawiającego z 14.12.2017 r. dotyczyło wyłącznie uzupełnienia treści JEDZ, a nie uzupełniania dokumentów wykonawcy KFB - nie zasługują na uwzględnienie.

Zamawiający uznał, że usługa wykazana przez odwołującego na spełnienie warunku

doświadczenia określona w cz. VI ust. 2 pkt 3.1 lit. c SIWZ nie może potwierdzać spełnienia tego warunku. Z tego względu zamawiający 14.12.2017 r. wezwał odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia treści JEDZ. Przepis art. 26 ust. 3 Pzp brzmi »Jeżeli

wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

Jednak odwołujący nie przedstawił nowej usługi na spełnienie przedmiotowego warunku. Zgodnie z regułą jednokrotnego zwracania się o uzupełnienie oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, gdy wykonawca nie zastosował się do wezwania to zamawiający nie ponawia wezwania i dlatego zarzut odwołującego, że zamawiający nie zastosował wezwania o uzupełnienie dokumentu nie może zostać uwzględnione przez Izbę. Ponadto Izba musi przypomnieć, że zamawiający może dopuścić uzupełnienie ofert po upływie terminu składania ofert w zakresie art. 25 ust. 1 Pzp tylko na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Art. 25 ust. 1 Pzp brzmi »W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia - zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert«.

Jednocześnie odwołujący podniósł, że zamawiający wzywał odwołującego o uzupełnienie innych dokumentów, co zamawiający wytłumaczył, że postępując ściśle zgodnie z przepisami zamawiający musiał wykonać te czynności, ale nie miało to wpływu na wynik postępowania. W związku z tym, że czynności te rzeczywiście nie miały wpływu na wynik postępowania Izba nie może uwzględnić odwołania, zgodnie z art. 192 ust. 2 Pzp, który brzmi »Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało

wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia».

W ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp - przez zaniechanie wyboru oferty wykonawcy KFB jako najkorzystniejszej w postępowaniu - nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający musiał wykluczyć odwołującego (o czym wyżej) i w konsekwencji zamawiający musiał traktować ofertę odwołującego jako odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Art. 24 ust. 4 Pzp brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«. W związku z tym zamawiający nie mógł dopuścić oferty odwołującego do fazy badania i oceny ofert, a tylko oferty dopuszczone do fazy oceny ofert mogą zostać wybrane jako najkorzystniejsza, jeżeli uzyskają najwyższą oceną na podstawie kryteriów oceny ofert, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Z wyżej wskazanych przyczyn Izba nie może uwzględnić zarzutu szóstego naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut siódmy naruszenia art. 26 ust. 1 Pzp przez zaniechanie jego zastosowania względem wykonawcy KFB i niewezwanie wykonawcy KFB do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp - nie zasługuje na uwzględnienie.

Ze względu na konieczność wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania oferty odwołującego za odrzuconą, o czym wyżej, Izba stwierdza, że zamawiający nie naruszył przepisu art. 26 ust. 1 Pzp, gdyż jego działanie nie byłoby logiczne. Art. 26 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a«. W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu siódmego naruszenia art. 26 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut dziewiąty naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp - przez zaniechanie wezwania wykonawcy KFB do wyjaśnień w sytuacji, gdy zamawiający miał jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie złożonych dokumentów na potwierdzenie dysponowania wymaganą przez zamawiającego wiedzą i doświadczeniem oraz zarzut dziesiąty naruszenia § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, 21

jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126) - przez nieskorzystanie przez zamawiającego z możliwości bezpośredniego zwrócenia się do właściwego podmiotu, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonane, o złożenie dodatkowych informacji lub dokumentów w sytuacji, gdy u zamawiającego zrodziły się wątpliwości w zakresie oświadczeń wykonawcy KFB w JEDZ - nie zasługują na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający może wezwać do złożenia wyjaśnień tylko w przypadku, gdy zrodzą się u niego jakiegokolwiek wątpliwości odnośnie złożonej oferty. Wynika to z wyrazu »wyjaśnień« zastosowanego w art. 26 ust. 4 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1«. Dlatego, gdy zamawiający ma pewność odnośnie dołączonych do oferty oświadczeń i dokumentów nie można żądać od zamawiającego, aby ten wzywał wykonawcę do złożenia wyjaśnień. Jak dowiódł tego zamawiający nie można mieć wątpliwości do tego, że odwołujący zamierzał wykazać spełnienie warunku doświadczenia wykonania świadczenia w skali kraju wykazując spełnienie świadczenia lokalnego na terenie jednego województwa. W związku z tym u zamawiającego nie zrodziły się żadne wątpliwości, ale także u każdego podmiotu nie powinny zaistnieć wątpliwości odnośnie załączonych do oferty oświadczeń i dokumentów. Tak też postąpił zamawiający i mając jasną sytuację co złożonych z ofertą odwołującego oświadczeń i dokumentów nie żądał już żadnych wyjaśnień tylko wykluczył odwołującego z postępo-

wania. W związku z tym Izba musi stwierdzić, że zamawiający nie naruszył art. 24 ust. 4 Pzp - przez niewzywanie do wyjaśnień oświadczeń i dokumentów, do których zamawiający zasadnie nie miał wątpliwości.

Również ze względu na zasadny brak wątpliwości do dokumentów załączonych do oferty odwołującego na wykazanie spełnienia warunku doświadczenia zamawiający nie był uprawniony do zastosowania procedury przewidzianej w § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, który to przepis brzmi »Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego roboty budowlane, dostawy lub usługi były wykonane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie«.

Dlatego Izba nie może uwzględnić zarzutów dziewiątego i dziesiątego naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp oraz naruszenia § 2 ust. 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający - podczas prowadzenia postępowania - nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b 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 oraz z 2017 r. poz. 47).

Przewodniczący: