

WYROK

z dnia 7 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 lipca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bretide Investments Sp. z

o.o., ul. Grzybowska 80/82 00-844 Warszawa (Lider), Gulemark Agir Sanayi İnşaat ve Taahhut A.Ş. Konya Devletyolu, 23 Km, no 111 Gölbaşı-Ankara (Turcja), Pessina Costruzioni SpA, ViaNizzoli 4 20147 Mediolan Włochy w postępowaniu prowadzonym przez Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności PAN w Olsztynie, ul. Bydgoska 5, 10-243 Olsztyn

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bretide Investments Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82 00-844 Warszawa (Lider), Gulemark Agir Sanayi İnşaat ve Taahhut A.Ş. Konya Devletyolu, 23 Km, no 111 Gölbaşı-Ankara (Turcja), Pessina Costruzioni SpA, ViaNizzoli 4 20147 Mediolan Włochy i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Bretide Investments Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82 00-844 Warszawa (Lider), Gulemark Agir Sanayi İnşaat ve Taahhut A.Ş. Konya Devletyolu, 23 Km, no 111 Gölbaşı-Ankara (Turcja), Pessina Costruzioni SpA, ViaNizzoli 4 20147 Mediolan Włochy tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od Odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bretide Investments Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82 00-844 Warszawa (Lider), Gulemark Agir Sanayi İnşaat ve Taahhut A.Ş. Konya Devletyolu, 23 Km, no 111 Gölbaşı-

Ankara (Turcja), Pessina Costruzioni SpA, ViaNizzoli 4 20147 Mediolan Włoch na rzecz Zamawiającego: Instytutu Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności PAN w Olsztynie, ul. Bydgoska 5, 10-243 Olsztyn kwotę 4 085 zł 60 gr (słownie: cztery tysiące osiemdziesiąt pięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i zwrotu kosztów dojazdu na rozprawę.

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Olsztynie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 1460/18

Zamawiający: Instytut Rozrodu Zwierząt i Badań Żywności PAN w Olsztynie, ul. Bydgoska 5, 10-243 Olsztyn wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie dialogu konkurencyjnego „Budowa Centrum Badań Środowiska i Innowacyjnych Technologii Żywności dla Jakości Życia w formule partnerstwa publiczno-prywatnego hybrydowego”, znak; ZP-DK/2018/01/6.

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 stycznia 2018 r.; Dz.U./S S20 40889-2018-PL.

W dniu 13 lipca 2018 r. drogą e-mail Odwołujący - Konsorcjum firm: Bretide Investments Sp. z o.o., ul. Grzybowska 80/82 00-844 Warszawa (Lider), Gulemark Agir Sanayi İnşaat ve Taahhut A.Ş. Konya Devletyolu, 23 Km, no 111 Gölbaşı-Ankara (Turcja), Pessina Costruzioni SpA, ViaNizzoli 4 20147 Mediolan Włochy otrzymał informację o wykluczeniu go z przedmiotowego przetargu.

Nie zgadzając się z powyższą decyzją Zamawiającego Odwołujący w dniu 23 lipca 2018r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od:

- 1) niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania,
- 2) niezgodnej z prawem czynności Zamawiającego polegającej na bezzasadnym wezwaniu Odwołującego do uzupełnienia dokumentów dnia z 5 czerwca 2018 r.
- 3) zaniechaniu przesłania treści wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 czerwca 2018 r.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp:

1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz art. 22 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na rzekomy brak spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, pomimo, iż spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu i kryteria selekcji oraz wykazał ich spełnienie na podstawie przedłożonej w postępowaniu dokumentacji,

2) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z § 16 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia z dnia 26 lipca 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. Poz. 1126), zwanego dalej: Rozporządzeniem w sprawie dokumentów przez niezasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu wadliwego uznania, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył dokumentów na wezwanie Zamawiającego do ich uzupełnienia z dnia 5.06.2018 r., pomimo, iż wezwanie do złożenia dokumentu rejestrowego Gulemark wraz z tłumaczeniem było nieuprawnione i bezzasadne, gdyż Odwołujący złożył dokument rejestrowy Gulemark oraz tłumaczenie wraz z Wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, który to dokument oraz tłumaczenie były prawidłowe i wystarczające, a zatem brak było podstawy do żądania ich złożenia, a w konsekwencji nieuprawnione było uznanie, że ich nieprzedłożenie na wezwanie Zamawiającego jest równoznaczne z niespełnieniem przez Odwołującego

warunków udziału w postępowaniu,

3) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. 25a ust. 1 ustawy Pzp w zw. 25a ust. 6 ustawy Pzp przez niezasadne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powodu wadliwego uznania, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył dokumentów na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 czerwca 2018 r., przy czym należy wskazać, iż wezwanie do uzupełnienia części V JEDZ Bretide investments Sp. z o.o., tj. „Ograniczanie liczby kwalifikujących się kandydatów”, było nieuprawnione i bezzasadne, gdyż oświadczenie JEDZ w przedmiotowym postępowaniu zostało w całości złożone prawidłowo, a część V JEDZ została przez Bretide wypełniona zgodnie z wymogami przedmiotowego formularza, a zatem brak było podstaw do wzywania Wykonawcy do uzupełnienia, a tym samym Odwołujący spełniał kryteria selekcji oraz warunki udziału określone przez Zamawiającego,

4) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp w zw. z § 9 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów przez niezasadne wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powodu wadliwego uznania, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie złożył dokumentów na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 czerwca 2018 r., pomimo iż wezwanie do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego, Ove Arup & Partners International Limited było nieuprawnione i bezzasadne w sytuacji, gdy Odwołujący załączył do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu stosowne zobowiązanie tego podmiotu, było ono prawidłowe i wystarczające, a co za tym idzie stanowiło dowód, że realizując zamówienie Odwołujący będzie dysponował zasobem podmiotu trzeciego, a w konsekwencji potwierdzało spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu,

5) art. 26 ust. 4 oraz 26 ust. 3a ustawy Pzp poprzez brak wezwania Wykonawcy

do wyjaśnień w zakresie złożonych przez niego dokumentów lub też - w przypadku uznania przez Zamawiającego, że brak jest stosownego umocowania - do złożenia wymagalnych pełnomocnictw,

6) art. 26 ust. 3 w zw. z art. 9 ustawy Pzp poprzez brak skutecznego doręczenia Wykonawcy wezwania do uzupełnienia dokumentów lub też (ewentualnie) przy niezachowaniu wymaganej prawem formy pisemnej wezwania do uzupełnienia dokumentów, gdyż - jak domniemywa Wykonawca na podstawie pozostałych wezwań i oświadczeń Zamawiającego, a czego nie jest w stanie zweryfikować z uwagi na brak posiadania stosownego wezwania (brak przekazania przez Zamawiającego) - pod oświadczeniem/ wezwaniem brak jest odrębnego podpisu umocowanej do działania w imieniu Zamawiającego osoby,

7) art. 18 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 13 lipca 2016 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w zw. z 355 k.c. poprzez brak żądania od Wykonawcy, ewentualnie w sytuacji braku potwierdzenia przez niego otrzymania stosownego wezwania do uzupełnienia dokumentów, ponownego przesłania przedmiotowego wezwania, co Zamawiający powinien uczynić, a to zgodnie z zasadą należytej staranności,

8) art. 8 ust. 1 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przesłania Odwołującemu treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 czerwca 2018 r., w sytuacji gdy Odwołujący wobec nieposiadania treści przywołanego dokumentu kilkakrotnie wносił o jego udostępnienie, przy czym brak jest podstaw prawnych do nieudostępnienia Odwołującemu przedmiotowego wezwania, co godzi w zasadę jawności i przejrzystości postępowania, a w konsekwencji spowodowało ograniczenie możliwości skorzystania z środków ochrony prawnej w Postępowaniu i podjęcia obrony przeciwko niezgodnym z ustawą czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego,

9) art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez nieprzedstawienie w informacji o wykluczeniu Odwołującego z dnia 13 lipca 2018 r. uzasadnienia faktycznego i prawnego uznania, iż Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji spowodowało ograniczenie możliwości skorzystania z środków ochrony prawnej w Postępowaniu i podjęcia obrony przeciwko niezgodnym z ustawą czynnościom Zamawiającego,

10) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, polegającej na nienależytej ocenie dokumentów przedłożonych przez Odwołującego, bezzasadnym wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 05 czerwca 2018 r. o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a w konsekwencji niezasadne wykluczenie z postępowania.

W związku z powyższym wnosił o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu udostępnienia treści wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 czerwca 2018 r.
- 3) nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 5 czerwca 2018 r.
- 4) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do wyjaśnień treści przedłożonych przez niego dokumentów;
- 5) nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny Wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z uwzględnieniem wniosku Odwołującego;
- 6) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego wedle spisu kosztów, który zostanie przedłożony na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W ramach podania w odwołaniu informacji wstępnych zwrócił uwagę, że Zamawiający w dniu 5 czerwca 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, na które Odwołujący wyczerpująco i z dołożeniem należytej staranności odpowiedział Zamawiającemu we wskazanym terminie (dalej: Wezwanie I).

Dalej wyjaśnił, że z rozmowy telefonicznej w dniu 12 czerwca 2018 r. Odwołujący uzyskał informację od Zamawiającego, iż rzekomo zostało do niego wysłane jeszcze jedno wezwanie.

Odwołujący zauważył również, że po powzięciu tej informacji i sprawdzeniu otrzymanych wiadomości zwrócił się do Zamawiającego pismem z dnia 13 czerwca 2018 r., informującym o braku odnotowania w otrzymanej korespondencji wpływu drugiego z wezwań (dalej: Wezwanie II).

Zaznaczył przy tym, że Odwołujący w tym też piśmie po raz pierwszy zwrócił się o przesłanie treści Wezwania II (kolejne próby, zarówno drogą mailową, jak i telefonicznie Odwołujący podjął w dniu 19 lipca 2018 r.).

Odwołujący stwierdził, że pismem z dnia 13 lipca 2018 r., przesłanym drogą elektroniczną, Zamawiający poinformował Konsorcjum o wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i z tego też pisma dowiedział się - złożenia i uzupełnienia jakich dokumentów żądał Zamawiający.

Zarzucił, że pismo to nie wyjaśniało, jednak przyczyny żądania Wykonawcy, bowiem z informacji o wykluczeniu wynikało, iż decyzja Zamawiającego podyktowana była nieuzupełnieniem dokumentów na Wezwanie II.

Zdaniem Zamawiającego takie zachowanie Odwołującego a priori oznaczało niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i pociąga za sobą wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z takim rozstrzygnięciem nie zgodził się Odwołujący, bowiem wbrew twierdzeniom Zamawiającego, spełnia on wszelkie warunki udziału w postępowaniu, wykazał je w sposób należyty i nie powinien podlegać wykluczeniu.

Zdaniem Odwołującego - niezależnie bowiem od skuteczności doręczenia samego Wezwania II nie może ponosić negatywnych konsekwencji błędu Zamawiającego.

Według Odwołującego - w tym przypadku błąd ten przybrał postać wadliwej oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i niezasadnego wystosowania Wezwania II.

Przekonywał, że uczynił zadość warunkom stawianym przez Zamawiającego celem spełnienia kryteriów kwalifikacji oraz kryteriów selekcji i wobec tego w żadnym razie wykonawca, który spełnia warunki udziału w postępowaniu nie może być wykluczony z postępowania z powodu wadliwej oceny tego faktu przez Zamawiającego.

Zapowiedział, że Odwołujący z powodu nieudostępnienia treści Wezwania II przez Zamawiającego, w odwołaniu swoim będzie opierał się tylko na Informacji o wykluczeniu, nie mogąc tym samym podjąć pełnej ochrony przed czynnością Zamawiającego.

A. Zarzut niezasadnego wykluczenia pomimo wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu. Z tego przepisu wynika, iż wykonawcy spełniający te warunki mają uprawnienie do udziału w postępowaniu i nie może być ono bezzasadnie ograniczane.

Z kolei z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp wynika, że z postępowania wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku udziału w postępowaniu.

Zwrócił uwagę, że Zamawiający w Informacji o wykluczeniu dla uzasadnienia zastosowania przywołanej przesłanki wykluczenia podniósł, że niezłożenie czy nieuzupełnienie dokumentów w terminie wyznaczonym przez zamawiającego jest równoznaczne z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Według Odwołującego - między tymi zdarzeniami nie można stawiać jednak bezrefleksyjnie znaku równości.

Zaznaczył przy tym, że ocena kompletności dokumentów i spełniania warunków udziału w postępowaniu może zostać dokonana wadliwie.

W jej wyniku zamawiający mogą żądać dokumentów lub wyjaśnień, które są niepotrzebne dla wykazania spełnienia warunków udziału, kryteriów selekcji czy niepodlegania wykluczeniu.

Zdaniem Odwołującego - nieuzupełnienie czy niezłożenie żądanych dokumentów może być, więc choćby działaniem zbędnym, gdyż Wykonawca spełnia warunki udziału, już bez ich przedkładania i wykazał należyście ich spełnienie.

Absurdalnym dla Odwołującego byłoby przyjęcie, że pomimo błędu zamawiającego, polegającego na wystosowaniu nawet oczywiście bezzasadnego wezwania wykonawca byłby obowiązany do złożenia dokumentów, a ich niezłożenie niejako automatycznie implikowałoby konieczność wykluczenia wykonawcy.

Powołał się na przykładową można sytuację, w której skutek zwykłego przeoczenia

zamawiający nie zauważył złożenia przez Wykonawcę oryginału zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów i wzywa wykonawcę do jego złożenia.

W ocenie Odwołującego - automatyczne zastosowanie reguły, iż nieuzupełnienie dokumentów jest równoznaczne z nie wykazaniem spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadziłoby do wykluczenia wykonawcy spełniającego w istocie te warunki.

Podniósł również, że przyczyny wadliwej oceny wykazania spełnienia warunków udziału mogą być też wynikiem błędnego sposobu interpretacji dokumentów.

W związku z powyższym podkreślił, iż nie można a priori przyjmować, iż niezłożenie lub nieuzupełnienie dokumentów, czy też niezłożenie wyjaśnień na wezwanie zamawiającego pociąga za sobą konieczność wykluczenia wykonawcy, a czynność jest przez to zasadna.

W przekonaniu Odwołującego - zawsze konieczna jest weryfikacja, czy wykonawca rzeczywiście spełnia warunki udziału w postępowaniu i czy wykazał ich spełnienie, a tym samym czy wezwanie zamawiającego do wyjaśnień, uzupełnienia lub złożenia dokumentów jest prawidłowe. Niedopuszczalne jest bowiem wykluczenie wykonawcy, który obiektywnie spełnia warunki udziału i nie podlega wykluczeniu z powodu wadliwej oceny dokumentacji przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego - złożone przez niego dokumenty są prawidłowe pod względem merytorycznym i formalnym, spełniają wymogi wynikające z ustawy Pzp oraz określone w dokumentacji przetargowej i w swoim całościowym potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w tym dokumenty, których złożenia lub uzupełnienia żądał Zamawiający.

Wbrew stanowisku Zamawiającego brak złożenia lub uzupełnienia dokumentów wskazanych w Informacji o wykluczeniu - w opinii Odwołującego - nie stanowi uchybienia, mogącego pociągać za sobą skutki określone w art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, gdyż Wykonawca już w chwili Wezwania II wykazał spełnienie warunków udziału.

Z powyższego wynika - zgodnie z twierdzeniem Odwołującego - także, iż Zamawiający de facto wykluczył Odwołującego z udziału w postępowaniu nie z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale z powodu nieuzupełnienia dokumentów, co w obecnym stanie prawnym jest niemożliwe.

Zaznaczył, że możliwość taka istniała na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3) Prawa zamówień publicznych w brzmieniu, które obowiązywało do 22 grudnia 2009 r., tj.: „zamawiający wyklucza wykonawcę, który nie złożył oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu”.

Wykładnia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp dokonywana w kontekście historycznego brzmienia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 pozwala dostrzec Odwołującemu wyraźną różnicę między przesłanką wykluczenia z powodu niezłożenia dokumentów, a niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i nie pozwala postawić między nimi znaku równości.

B. Zarzut niezasadnego wykluczenia a przedłożenie dokumentów rejestrowych wraz z tłumaczeniem.

Zarzucił, że w przedmiotowej sprawie czynność wykluczenia była poprzedzona

wezwaniami Zamawiającego, które nie sposób uznać za prawidłowe.

Odwołujący oświadczył, że nie tyle było ono niedokładne czy nieprecyzyjne, bo tego Wykonawca nie wie, jednakże wzywało do złożenia m.in. dokumentu rejestrowego Gulemark wraz z tłumaczeniem, który to dokument wraz z tłumaczeniem, kompletne i prawidłowe zostały już złożone w postępowaniu.

Wezwania niezasadnego nie można uznać za prawidłowe.

Odwołujący stwierdził, że do Wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z 4 kwietnia 2018 r. złożył:

- dokument rejestrowy Gulemark sporządzony w języku tureckim, na który składa się potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia wypisu z Monitora Rejestru Handlowego, z której wynika m.in. sposób reprezentacji Gulemark oraz potwierdzona za zgodność kopia wzoru podpisów w języku tureckim, z której wynika, jakie osoby uprawnione są do składania poszczególnych grup podpisów,
- tłumaczenie ww. dokumentów, które zawierało kompletny i wierny przekład na język polski całej treści dokumentów wyrażonej pierwotnie w języku tureckim.

Wskazał przy tym, iż przedłożone dokumenty potwierdzają, że osoby które złożyły podpisy pod pełnomocnictwami w postępowaniu są uprawnione do działania w imieniu Gulemark. Dokumenty są, więc prawidłowe pod względem materialnym, jak i formalnym.

Powołał się na § 16 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów, na mocy, którego dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

Nadmienił, że Zamawiający w instrukcji dla Wykonawców powtórzył ten wymóg nie stawiając żadnych dodatkowych żądań co do treści i sposobu sporządzenia tłumaczenia.

Zadeklarował, że dostosowując się do tego wymogu, Odwołujący złożył kompletne i prawidłowe tłumaczenia dokumentów rejestrowych, a forma tłumaczenia nie miała tu znaczenia, gdyż tłumaczenie nie musi być złożone w żadnej szczególnej formie ani spełniać żadnych dodatkowych wymogów dla uznania go za skutecznie złożone.

Według Odwołującego - z obu postanowień (§ 16 ust. 1 Rozporządzenia w sprawie dokumentów ani Rozdział X pkt 5 Instrukcji dla Wykonawców) nie wynika obowiązek podpisywania tłumaczenia, a wręcz przeciwnie zarówno przepis Rozporządzenia, jak i treść Ogłoszenia wyraźnie odróżniają dokument „źródłowy” od jego tłumaczenia, stawiając wymogi formalne w stosunku do dokumentów „źródłowych”, a nie tłumaczeń.

Zdaniem Odwołującego - załączone tłumaczenie jest dokumentem w rozumieniu definicji zawartej w art. 77² kodeksu cywilnego tzn. jest nośnikiem informacji umożliwiającym zapoznanie się z jej treścią.

Odwołujący stanął na stanowisku, że dla wypełnienia przesłanek „dokumentu” i jego oryginalności nie są konieczne żadne dodatkowe wymagania, w tym opatrzenie datą, podpisem, a nawet istnienie w dokumencie informacji umożliwiających identyfikację osoby sporządzającej lub odpowiedzialnej za treść tłumaczenia.

Zauważył, że taki wymóg istniał pod rządami nieobowiązujących już przepisów, tj. § 4 ust. 3 zd. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 87, poz. 605), który stanowił, iż dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski

poświadczonym przez Wykonawcę, a obecnie obowiązujące przepisy, a w ślad za nimi postanowienie zawarte w pkt.X.5 Instrukcji dla Wykonawców, nie zawierają jakiegokolwiek wymogu odnośnie podpisania tłumaczenia przez wykonawcę.

W kontekście powyższego, nie mając pewności, jakie uchybienie Zamawiający przypisuje w tym zakresie Odwołującemu, podkreślił, że zasadę równego traktowania i obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, iż stoją one na przeszkodzie wykluczeniu wykonawcy z przetargu publicznego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązującej krajowej ustawy, lecz z wykładni tej ustawy i tej dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy administracji lub sądownictwa administracyjnego występujących w tej dokumentacji.

Reasumując, stwierdził, że dokumenty rejestrowe zostały podpisane przez osoby uprawnione do reprezentowania Gulemark w tym zakresie i przedłożone wraz z tłumaczeniem, co do którego brak jest w przepisach oraz dokumentacji przetargowej szczególnych wymogów formalnych. Z przedłożonych dokumentów rejestrowych wynika umocowanie osób składających podpisy w imieniu Gulemark na dokumentach, a

11

tłumaczenie z języka tureckiego jest prawidłowe (jest kompletne, poprawne i zrozumiałe).

Wobec powyższego podniósł, że Odwołujący przedłożył dokumenty wraz z tłumaczeniem poprawne tak merytorycznie, jak i formalnie już wraz z wnioskiem, a w konsekwencji czego Wezwanie II było nieprawidłowe, a czynność wykluczenia niezasadna.

C. Zarzut niezasadnego wykluczenia - uzupełnienie części V JEDZ

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z treścią Informacji o wykluczeniu Zamawiający w Wezwaniu II zażądał od Odwołującego uzupełnienia części V JEDZ Bretide - Lidera Konsorcjum.

W związku z tym Odwołujący wskazał, że wezwanie takie jest niezasadne, gdyż część V została wypełniona przez Lidera Konsorcjum, a samo oświadczenie prawidłowo podpisane.

Dodatkowo, zauważył, że w przypadku m.in. dialogu konkurencyjnego, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyróżnionych na podstawie obiektywnych i niedyskryminacyjnych kryteriów zwanych kryteriami selekcji.

Zaznaczył również, że w części V wykonawca miał wskazać, jeżeli kryteria selekcji zostały w ogóle określone, w jaki sposób spełnia obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które mają być stosowane w celu ograniczenia liczby kandydatów.

W związku z tym Odwołujący oświadczył, że zgodnie ze stanem faktycznym wskazał, iż spełnia kryteria selekcji bazując na zdolnościach Konsorcjantów.

Argumentował, że w spornej części oświadczenia JEDZ, Lider wskazał sposób spełnienia kryteriów selekcji tj., że: „doświadczenie w zakresie wykonania w okresie ostatnich 5 lat każdej dodatkowej roboty budowlanej, wartości co najmniej 40 000 000 PLN brutto każda oraz o kubaturze co najmniej 15 000 m³ każda wnoszą firmy Gulemark i Pessina Construzioni Spa”.

Opis doświadczenia, na którym opiera się Konsorcjum został następnie opisany w JEDZ pozostałych Konsorcjantów i był spójny - zdaniem Odwołującego - z oświadczeniem Bretide.

W ocenie Odwołującego - wykonawcy przedstawili posiadane przez siebie

doświadczenie i wobec zasady sumowania potencjałów i konieczności traktowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, jako jednego wykonawcę, należy uznać, że Odwołujący spełnia kryteria selekcji.

Wskazał, iż część V JEDZ dotyczy kryteriów selekcji, a nie warunków udziału w postępowaniu. Jej błędne uzupełnienie może skutkować co najwyżej nieprzyznaniem dodatkowej liczby punktów i wykluczeniem w wyniku niezaproszenia do składania ofert, a nie wykluczeniem z postępowania w wyniku niewykazania warunków udziału.

Reasumując, stwierdził, iż Bretide złożyło prawidłowe oświadczenie w części V JEDZ, co do sposobu w jaki on jak i każdy inny członek Konsorcjum spełnia kryteria selekcji, wskazując na doświadczenia swoich Partnerów.

Wobec powyższego nieuzasadnione jest - w opinii Odwołującego - wezwanie do uzupełnienia części V JEDZ, a niezależnie od samej treści oświadczenia, Odwołujący spełnia kryteria selekcji wskazane przez Zamawiającego.

Jednak nawet niewykazanie ich spełnienia nie może przesądzać na tym etapie - w przekonaniu Odwołującego - o wykluczeniu z postępowania i to na podstawie niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

D. Zarzut niezasadnego wykluczenia - zobowiązanie OVE ARUP.

Zwrócił uwagę, że z Informacji o wykluczeniu wynika, że Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego - Ove Arup, na zasobach którego wykonawca polega.

Podobnie, jak w przypadku poprzednich dokumentów, żądanie uzupełnienia zasobu nie może być uprawnione - w ocenie Odwołującego, gdyż zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało złożone przez niego jest jednoznaczne, niebudzące wątpliwości i realne, a zatem nie ma potrzeby uzupełniania go o jakiegokolwiek dodatkowe elementy.

Według zapatrywania Odwołującego - Wykonawca powołujący się na potencjał innych podmiotów powinien przedstawić zamawiającemu dowód, z którego w sposób jednoznaczny będzie wynikać, że realizując zamówienie będzie dysponował określonymi zasobami.

Treść zobowiązania powinna zatem wskazywać: zakres zobowiązania podmiotu trzeciego, określać czego konkretnie dotyczy zobowiązanie oraz w jaki sposób będzie wykonane, w tym jakiego okresu dotyczy.

Powyższe wymogi wynikają z art. 22 a ust. 2 ustawy Pzp oraz zostały określone przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu w treści instrukcji dla Wykonawców (Rozdział VII pkt 10).

Zdaniem Odwołującego - zobowiązanie Ove Arup spełniało wszelkie powyższe wymagania, bowiem w zobowiązaniu określono, zgodnie z wymaganiami Zamawiającego:

a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów innego podmiotu;

Podmiot trzeci wskazał, iż udostępni: zdolność techniczną i kwalifikacje zawodowe w postaci wykonania w ostatnich 3 latach przed upływem składania wniosków o dopuszczenie dokumentacji projektowo-kosztorysowej budynku o kubaturze nie mniejszej niż 15 000 m³ oraz udostępni określone osoby zdolne do realizacji zamówienia (ze wskazaniem ich imion i nazwisk oraz uprawnień).

b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu, przez Wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;

Podmiot trzeci zobowiązał się, iż weźmie udział w realizacji przedmiotu zamówienia, w tym robót budowlanych wraz ze świadczeniem w niezbędnym zakresie usługi projektowania.

c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego. Podmiot trzeci określił, że udzieli zasobu w zakresie i przez okres udziału w realizacji przedmiotu zamówienia, w tym robót budowlanych wraz ze świadczeniem w niezbędnym zakresie usługi projektowania.

d) czy podmiot, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

Podmiot trzeci zobowiązał się, że na podstawie umowy cywilnoprawnej wykona roboty budowlane w zakresie realizacji których udostępnianie zdolności są wymagane.

Przekonywał, że zobowiązanie było bezwzględne, nieuzależnione od zajścia żadnych dodatkowych przesłanek.

Podmiot trzeci w sposób wiążący oświadczył, że posiada doświadczenie i personel spełniające wymogi postawione przez Zamawiającego oraz kilkakrotnie w treści oświadczenia zadeklarował, że będzie brał udział przy realizacji zamówienia.

Dodatkowo, zaznaczył, że zobowiązanie zostało złożone w oryginale i podpisane przez osoby uprawnione do złożenia oświadczeń woli w imieniu podmiotu trzeciego, a zatem stanowiło skuteczne i wiążące oświadczenie, umożliwiające korzystanie ze zdolności

technicznych i zawodowych podmiotu trzeciego.

Nadto, zauważył, że w cz. IV JEDZ Ove Arup zamieścił informację o dokładnych parametrach projektu, spełniającego wymagania Zamawiającego oraz osobach zdolnych do realizacji zamówienia i ich uprawnieniach (wskazując nr ważnych decyzji, potwierdzających posiadanie odpowiednich uprawnień).

Zdaniem Odwołującego - na podstawie powyższych danych Zamawiający miał wszelkie informacje potrzebne do zweryfikowania spełnienia przez warunków udziału w postępowaniu.

Na podstawie całokształtu tych okoliczności należało - zdaniem Odwołującego - uznać, że już w dacie składania JEDZ Zamawiający, po pierwsze, uzyskał wstępne - jak stanowi ustawa Pzp - potwierdzenie, że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz, po drugie, że w celu wykazania spełniania warunków polegać będzie na zasobach innego podmiotu.

Stwierdził, że złożone zobowiązanie podmiotu trzeciego potwierdzało obie ww. okoliczności, a przedstawione przez Odwołującego dokumenty nie są w żaden sposób sprzeczne z deklaracją zawartą w JEDZ, przeciwnie - uzupełniają ją, tworząc logiczną całość.

Wobec braku wiedzy, jakie braki Zamawiający, zarzuca zobowiązaniu wskazał, iż zamawiający winien oceniać spełnienie warunków udziału w kontekście całości dokumentacji - ofertę należy czytać łącznie.

Wobec powyższego stwierdził, iż zobowiązanie Ove Arup do udostępnienia zasobów było wystarczające do udowodnienia, że w trakcie realizacji zamówienia Odwołujący będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego.

Wobec tego Zamawiający winien - w przekonaniu Odwołującego - uznać, iż nie zachodzi konieczność wezwania do uzupełnienia dokumentów, a Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a tym samym wykluczenie Odwołującego z Postępowania jest niezasadne.

E. Zarzut uchybienia art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - brak uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Odwołujący uznał, że sam brak odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego i nieprzekazanie dokumentów nie stanowi przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Dlatego też uzasadnienie wykluczenia powinno wskazywać przyczyny uznania przez Zamawiającego, że dokumenty złożone przez wykonawcę nie wykazują spełnienia warunków udziału lub wykazują, że wykonawca nie podlega wykluczeniu.

W kontekście wcześniejszych wywodów wskazał, że źródłem podjęcia zasadnej czynności wykluczenia zawsze musi być prawidłowa ocena dokumentów złożonych przez wykonawcę.

Jeżeli bowiem ta czynność jest błędna, każda kolejna, w tym wezwanie do uzupełniania lub do udzielenia wyjaśnień, a następnie wykluczenie z udziału w postępowaniu dotknięta będzie wadą.

Z perspektywy wykonawcy niezwykle istotne dla możliwości podjęcia efektywnej obrony jest poznanie dokładnie podstaw decyzji zamawiającego.

W niniejszym przypadku ma to szczególne znaczenie, gdyż Odwołujący wobec braku zapoznania się z treścią Wezwania II z samego uzasadnienia Informacji o wykluczeniu nie jest w stanie zdekodować argumentacji Zamawiającego uzasadniającej żądanie uzupełnienia dokumentów, a więc przyczyn rzekomego niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i rzeczywistej przyczyny wykluczenia.

Zarzucił, że uzasadnienie zawiera jedynie obszerne dywagacje na temat skuteczności doręczenia Wezwania II.

W ocenie Odwołującego - nie można stawiać znaku równości pomiędzy nieprzedłożeniem dokumentów lub brakiem odpowiedzi na wezwanie a niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym dla zasadności wykluczenia nie jest istotne jedynie, to czy wykonawca odpowiedział na wezwanie i przedłożył dokumenty, ale to czy w ogóle winien, to zrobić.

Dlatego Zamawiający w uzasadnieniu faktycznym i prawnym informacji o wykluczeniu nie powinien koncentrować się na samym aspekcie skuteczności doręczenia wezwania i niezłożenia dokumentów, ale wyjaśniać rzeczywistą przyczynę uznania, że Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przedstawił stanowisko, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy warunkuje zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej.

Zaznaczył, że w oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie, a lakoniczność uzasadnienia, utrudnia wykonawcy prawidłowe sformułowanie zarzutów, a tym samym w sposób istotny ogranicza jego ustawowe prawo do obrony swoich praw jako wykonawcy.

Wskazał przy tym, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związanie Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu.

Tym samym wykonawca ma pełne prawo, aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania, a ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy.

Zdaniem Odwołującego - obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym.

Konkludując, podniósł, że Informacja o wykluczeniu wyjaśniająca jedynie aspekt formalny zasadności Wezwania II, tj. skuteczność jego doręczenia, pomijająca rzeczywiste przyczyny uznania, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie czyni zadość wymogom stawianym przez art 92 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

W konsekwencji spowodowało to istotne ograniczenie możliwości ochrony swoich przez Odwołującego i konieczność stawiania zarzutów niejako odgadując motyw zachowania Zamawiającego.

F. Zarzut naruszenia zasady jawności.

Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne.

Jawność postępowania, jest naczelną zasadą, na której opiera się całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Zasada jawności postępowania koresponduje z zasadą przejrzystości postępowania, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, oznaczającą obowiązek zapewnienia wykonawcom, a także innym podmiotom zainteresowanym prowadzonym postępowaniem, dostępu do informacji z nim związanych.

Praktycznym przejawem zasady jawności i przejrzystości jest konieczność udostępniania przez Zamawiającego dokumentów postępowania sporządzanych przez niego lub Wykonawcę np. SIWZ, pytań i odpowiedzi, protokołu postępowania, wyjaśnień.

Dokumenty nie wymienione w ustawie Pzp mogą być udostępniane na podstawie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Wskazał, że z art. 8 ust. 2 ustawy Pzp wynika zawężenie możliwości ograniczenia przez zamawiającego dostępu do informacji związanych z postępowaniem o udzielenie zamówienia tylko do przypadków określonych w ustawie, a w niniejszej sprawie taki przypadek nie zachodzi.

Podkreślił, że Odwołujący kilkakrotnie zwracał się do Zamawiającego o udostępnienie treści Wezwania II, które jest pismem, dotyczącym samego Odwołującego, nie zawierającym żadnych informacji, zachowania poufności, których wymagałaby ustawa, a co więcej zdaniem Zamawiającego jest to treść Odwołującemu znana. Zatem nie zachodziły żadne podstawy do zaniechania udostępnienia treści tego pisma Odwołującemu.

Zarzucił, że opisywane zaniechanie Zamawiającego ograniczyło możliwość pełnej weryfikacji podjętej przez niego czynności wykluczenia.

Odwołujący wyjaśnił, że był zmuszony bazować na uzasadnieniu Informacji o wykluczeniu, jedynie fragmentarycznie odslaniającej proces decyzyjny Zamawiającego.

W trosce o wypełnienie ciężących na Zamawiającym obowiązków wynikających z konieczności zachowania jawności i przejrzystości postępowania, a nawet już z samej lojalności między stronami, Zamawiający winien - według Odwołującego - udostępnić mu treść Wezwania II.

G. Zarzut naruszenia uczciwej konkurencji.

Na zakończenie wskazał, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy zachodzi sytuacja, w której Zamawiający dokonał nienależytej oceny dokumentów złożonych przez Odwołującego, co doprowadziło do wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Konsekwencją uchybień Zamawiającego jest również przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem tylko prawidłowe stosowanie wszystkich przepisów tej ustawy w stosunku do wszystkich wykonawców na tych samych zasadach pozwala na prowadzenie postępowania z zachowaniem tych zasad.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym ogłoszenia i Instrukcji dla Wykonawców, zwanej dalej IDW, wniosku Odwołującego, odwołania, wezwania Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2018r. do uzupełnienia dokumentów skierowanego do Odwołującego, informacji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z dnia 13 lipca 2018r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 6 sierpnia 2018r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie wyjaśnień Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego

uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości, podczas gdy Zamawiający wnosił o jego oddalenie.

Przechodząc do rozpoznania przedmiotowej sprawy, należy wskazać, że po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisu art.7 ust.1, art.8 ust.1, art.9, art.22 ust.1, art.22a ust.2, art.24 ust.1 pkt 12, art.25a ust.1 i ust.6, art. 26 ust.3, ust.3a i ust.4, art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp, a także przepisu § 9 ust.1 i § 16 ust.1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego przetargu w warunkach nie wykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazania braku podstaw wykluczenia.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że rozdziale IX ust.1 IDW - informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów Zamawiający wprowadził regułę, że oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy przekazują pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną.

W związku z tym, Izba uznała, opierając się na zarówno na wydruku internetowym z dnia 5 czerwca 2018r., a także na podstawie treści pisma z dnia 2 sierpnia 2018r., że wiadomość ta została skutecznie przekazana do serwera odbiorcy(Odwołującego) na właściwy jego adres.

W powyższym zakresie Odwołujący nie zgłosił jakiegokolwiek przeciwdowodu na okoliczność braku możliwości zapoznania się przez Odwołującego z treścią wezwania.

Z tego powodu należało przyjąć, że odwołanie w zakresie zarzutów wymierzonych przeciwko treści wezwania z dnia 5 czerwca 2018r. było spóźnione, skoro przy zachowaniu należytej staranności Odwołujący mógł się dowiedzieć o jego treści w powyższej dacie.

Dodatkowo, w samym odwołaniu Odwołujący przyznał, że w dniu 12 czerwca 2018r. w rozmowie telefonicznej uzyskał informację o spornym wezwaniu, a mimo tego nie sformułował we właściwym czasie zarzutu zaniechania doręczenia mu tego dokumentu.

Stosownie do art.182 ust.3 pkt.1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W kontekście powyższego - zdaniem Izby - jeżeli wykonawca nie uzupełnił dokumentacji wnioskowej w sposób oczekiwany przez Zamawiającego, z przyczyn leżących po stronie Odwołującego, to okoliczność ta obciążała go w ten sposób, że nie mógł on wykazać spełniania przez niego warunków udziału w przetargu.

W tej sytuacji, Izba stanęła na stanowisku, że bez przedmiotowych spornych dokumentów Zamawiający nie mógł uznać, że wykonawca spełnia warunki udziału w

postępowaniu, skoro Odwołujący nie wykazał ich spełnienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt.12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Powyższy przepis zakłada aktywne zachowanie wykonawcy wyrażające się jego dążeniem do wykazania Zamawiającemu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie oznacza on, że wykonawca ma prawo do biernego zachowania uniemożliwiającego Zamawiającemu zbadanie spełnienia warunków podmiotowych.

W przekonaniu Izby, jeżeli Odwołujący nie odpowiedział na wezwanie Zamawiającego, do uzupełnienia dokumentów, to tym bardziej trudno byłoby liczyć, że będzie on w stanie wyjaśnić dokumenty już złożone przy wniosku.

Idąc dalej, Izba nie dostrzegła również naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp zgodnie, z którym 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.

O ocenie Izby - Odwołujący zupełnie pominął w swojej argumentacji, że powyższy przepis przewiduje możliwość jego zastosowania, jeżeli oświadczenia i dokumenty, między innymi budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości.

Powyższe wątpliwości zostały przez Zamawiającego jasno wyartykułowane w treści wezwania z dnia 5 czerwca 2018r.

Jeżeli chodzi o brak uzupełnienia dokumentu rejestrowego, to zdaniem Izby Zamawiający mógł oczekiwać dokumentu, o którym mowa w art.77² kodeksu cywilnego, w myśl którego do zachowania dokumentowej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci dokumentu, w sposób umożliwiający ustalenie osoby składającej oświadczenie.

Powyższe ustalenie wystawcy dokumentu mogło być konieczne między innymi przy ewentualnej weryfikacji przez Zamawiającego samej treści tłumaczenia, a w konsekwencji mogło wpływać na badanie i ocenę spełnienia przedmiotowego warunku udziału w przetargu.

Nadto, wymaga również zauważenia, że Zamawiający swoje wezwanie skierował do Odwołującego na zasadzie art.26 ust.3 ustawy Pzp, w warunkach wątpliwości co do osoby wystawiającej tłumaczenie, a nie na podstawie przepisu § 16 ust.1 cyt. wyżej rozporządzenia w sprawie dokumentów, który stanowi, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

W związku z tym, należy wskazać, że to nie przepis powołanego wyżej rozporządzenia w sprawie dokumentów zakwestionował Zamawiający, lecz brak wykonania przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp.

Podobnie, jeżeli chodzi o zarzut dotyczący części V JEDZ, to wezwanie było - według zapatrywania Izby - prawnie dopuszczalne, z przyczyn o których wyżej mowa.

W tym przypadku, treść wezwania stanowiła swojego rodzaju pouczenie wykonawcy o właściwym sposobie wypełnienia formularza w stosunku do jednego z konsorcjantów, który samodzielnie nie spełniał warunku, przy czym Zamawiający w ogóle nie podważał możliwości powoływania się przez konsorcjum na łączny potencjał wszystkich jego uczestników.

Odnosnie zobowiązania podmiotu trzeciego Izba uznała również za zasadne wezwanie, jako, że Zamawiający mógł być zainteresowany oświadczeniem zobowiązującym z podaniem konkretnego wykonania w celu weryfikacji realności przekazania zasobu i sprawdzenia należytego wykonania zadania.

Ostatecznie w sprawie tej Izba wyraziła pogląd, że nie zaskarżenie w terminie odwołaniem przedmiotowego wezwania wiąże wykonawcę, co do jego treści.

Jednocześnie, Izba stanęła na stanowisku, że brak uzupełnienia dokumentów skutkuje obowiązkiem Zamawiającego zastosowania przepisu art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp.

Za bezzasadny Izba uznała zarzut uchybienia przepisowi art.92 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu braku uzasadnienia faktycznego i prawnego, z tego powodu, że Zamawiający w informacji o wykluczeniu wykonawcy podał jako podstawę prawną art.24 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, a motywy tej czynności zostały dostatecznie opisane.

Według Izby - nieprzekazanie Odwołującemu ponownie wezwania nie mogło stanowić naruszenia przepisu art.8 ust.1 ustawy Pzp, skoro wykonawca otrzymał wiadomość na swój serwer w dniu 5 czerwca 2018r. i nie wykazał, że podjął jakiegokolwiek kroki we własnej strukturze organizacyjnej zmierzające do pozyskania jej treści.

Ostatecznie, Zamawiającemu nie można w żaden sposób postawić zarzutu naruszenia zasady równości i konkurencyjności, bowiem to właśnie kolejne wezwanie do uzupełnienia dokumentów stawiałoby w gorszej sytuacji innych wykonawców, którzy złożyli prawidłowe dokumenty.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....