

**WYROK**  
**z dnia 2 września 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 sierpnia 2014 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 sierpnia 2014 r.** wniesionego przez wykonawcę **M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Mateks-Beskidy” M. B. ul. Spacerowa 3, 34-371 Ujszoły** w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Węgierska Górka ul. Zielona 43, 34-350 Węgierska Górka**

orzeka:

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:**

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty wykonawcy Zakład Remontowo-Budowlany AZBUD A. Z., ul. Sarnia 1, 34-350 Cisiec jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego i uznania za odrzuconą oferty odwołującego;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Gmina Węgierska Górka ul. Zielona 43, 34-350 Węgierska Górka**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Mateks-Beskidy” M. B. ul. Spacerowa 3, 34-371 Ujsoły**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 598,98 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych dziewięćdziesiąt osiem groszy) przez zamawiającego **Gmina Węgierska Górka ul. Zielona 43, 34-350 Węgierska Górka** na rzecz wykonawcy **M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Mateks-Beskidy” M. B. ul. Spacerowa 3, 34-371 Ujsoły** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Bielsku-Białej**.

**Przewodniczący:**

.....

## Uzasadnienie

Zamawiający **Gmina Węgierska Górka ul. Zielona 43, 34-350 Węgierska Górka** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Remont mostu w m. Żabnica ul. Gminna a ul. Bednarzy (Bednarska) w km 0+000-0+40 Usuwanie szkód powodziowych z czerwca 2013 r.«.

Zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych **17.07.2014 r.** pod nrem **155995-2014**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, 984, 1047 i 1473 oraz z 2014 r. poz. 423 i **811**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający **13.08.2014 r.** zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty i o odrzuceniu oferty wykonawcy **M. B. prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Mateks-Beskidy” M. B., ul. Spacerowa 3, 34-371 Ujsoły.**

Wykonawca **M. B. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Mateks-Beskidy” M. B. ul. Spacerowa 3, 34-371 Ujsoły**, zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wniosła **18.08.2014 r.** do Prezesa KIO odwołanie w na:

- 1) odrzucenie oferty odwołującego na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**;
- 2) zaniechanie wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej;
- 3) wybór oferty najkorzystniejszej wykonawcy – Zakład Remontowo-Budowlany AZBUD A. Z., ul. Sarnia 1, 34-350 Cisiec.

Na rozprawie odwołujący cofnął zarzuty wskazane w pkt 2 i 3.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez dokonanie wadliwej czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) **art. 91 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie dokonania czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie ustanowionych kryteriów oceny ofert (cena 100%) spośród ofert złożonych i nie podlegają odrzuceniu;

- 3) **art. 91 ust. 1 Pzp** przez dokonanie wadliwej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez wykonawcę Zakład Remontowo-Budowlany AZBUD A. Z., ul. Sarnia 1, 34-350 Cisiec.

Na rozprawie odwołujący cofnął zarzuty naruszenia przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wskazane w pkt 2 i 3.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy – Zakład Remontowo-Budowlany AZBUD A. Z., ul. Sarnia 1, 34-350 Cisiec (Oferta Nr 5);
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórnego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego;
- 4) nakazanie zamawiającemu wyboru oferty odwołującego, jako oferty najkorzystniejszej.

Argumentacja odwołującego

Uzasadnienie faktyczne odrzucenia oferty odwołującego na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, sporządzone przez zamawiającego, brzmiało następująco:

»Wykonawca składając ofertę do przetargu na Remont mostu w m. Żabnica ul. Gminna a ul. Bednarzy (Bednarska) w km. 0+000-0+40, powołał się na zobowiązanie podmiotu trzeciego (użyczenie referencji) tj. **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budimpeks, ul. Żywiecka 140, 43-365 Wilkowice**, w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania co najmniej 1 roboty budowlanej o wartości min. 290 000,00 zł brutto, której zakres obejmował budowę, przebudowę, modernizację lub remont mostu. Wykonawca do oferty w Załączniku nr 4 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej specyfikacją lub SIWZ) „Wykaz robót” w celu potwierdzenia spełnienia wymagań określonych w specyfikacji przedstawił wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert oraz załączył dowody dotyczące najważniejszych robót określające, że roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zadanie – Remont mostu na potoku Ponikwie w ciągu ulicy Zdrojowej w Międzybrodziu Bielskim gdzie zamawiającym był Urząd Gminy Czernichów, w okresie od 08.06.2009 r. do 29.09.2009 r. o wartości brutto 295 195,68 zł.

Jednocześnie [wykonawca] wskazał we wzorze oferty, że zamierza zlecić część przedmiotu zamówienia podwykonawcom w zakresie robót żelbetowych, ubezpieczeniowych, nawierzchniowych. Do oferty [wykonawca] nie załączył wszystkich dokumentów

wymaganych przez zamawiającego wskazanych w SIWZ w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający pismem z **05.08.2014 r.** działając na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu w terminie do **07.08.2014 r.** do godz. 9:00:

1) prawidłowo sporządzonego pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zgodnie z postanowieniem pkt VI.1.4.1 Specyfikacji tj.:

- a) jaki jest zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;
- b) w jaki sposób zostaną wykorzystane zasoby innego podmiotu, przez wykonawcę, przy wykonywaniu zamówienia;
- c) jakiego charakteru stosunki będą łączyły wykonawcę z innym podmiotem;
- d) jaki jest zakres i w jakim okresie inny podmiot będzie brał udział przy wykonywaniu zamówienia;

oraz o wymagane dokumenty w stosunku do podmiotu trzeciego zgodnie z postanowieniem pkt VI.1.4.1 SIWZ tj.:

- a) Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w **art. 24 ust. 1 Pzp** (załącznik nr 3 do SIWZ) dotyczące podmiotu, który oddaje do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z postanowieniem pkt VI.1.4.2 SIWZ, tj.
- b) Aktualnego odpisu z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia w oparciu o **art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp**, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, dotyczące podmiotu, który oddaje do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z postanowieniem pkt VI.1.4.2 SIWZ.
- c) Aktualnego zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonywania decyzji właściwego organu – wystawiona nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert,

dotyczące podmiotu, który oddaje do dyspozycji niezbędne zasoby na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z postanowieniem pkt 1.4.2 SIWZ:

- d) Aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego odpowiednio, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonywania decyzji właściwego organu – wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert dotyczące podmiotu, który oddaje do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, zgodnie z postanowieniem pkt 1.4.2 SIWZ.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Mateks-Beskidy” M. B., ul. Spacerowa 3, 34-371 Ujsoly nie uzupełnił wymaganych przez zamawiającego dokumentów.

Złożone w dniu 07.08.2014 r. dokumenty nie dotyczą bowiem wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego tj. **PW Budimpeks** lecz dotyczące innego podmiotu trzeciego tj. Przedsiębiorstwo Inżynieryjne **IMB Podbeskidzie** sp. z o.o., ul. Górny Bór 31a, 43-430 Skoczów [dalej **IMB Podbeskidzie**], który nie został wskazany w ofercie.

Wykonawca złożył również Załącznik nr 4 do specyfikacji „Wykaz robot”, w którym wskazał w celu potwierdzenia spełniania wymagań określonych w specyfikacji wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert. Remont mostu przez rzekę Wisłę w ciągu ul. Nowohuckiej w Krakowie, gdzie zamawiającym był Zarząd Infrastruktury Komunalnej Transportu w Krakowie, realizowany w okresie od 25.10.2011 r. do 15.12.2011 r. na łączną wartość 2 566 024,78. Z zobowiązania innego podmiotu wynika również, że zakres udostępniania zasobów to wiedza i doświadczenie.

Z uwagi na fakt, że zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia Załącznika nr 4 do specyfikacji, który został załączony do oferty, a w załączniku nr 4 do specyfikacji załączonym do oferty nie jest wskazana robota budowlana „Remontu mostu przez rzekę Wisłę w ciągu ul. Nowohuckiej w Krakowie” wykonawca nie uzupełnił dokumentów, o których uzupełnienie został wezwany.

W związku z powyższym na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji.

Dlatego jego ofertę należało odrzucić«.

Z przedstawioną przez zamawiającego argumentacją uzasadniającą odrzucenie oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący się nie zgodził.

Z treści **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** wynika, że: »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [Pzp]«.

Przedstawione przez zamawiającego uzasadnienie odrzucenia oferty odwołującego na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** nie odnosi się do „treści oferty” odwołującego. Argumentacja zawarta w uzasadnieniu odrzucenia oferty dotyczy oświadczeń i dokumentów składanych przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W związku z tym – zdaniem składu orzekającego Izby – odrzucenie oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** nie było prawidłowe, gdyż zamawiający powołał się na przesłankę wykluczenia wykonawcy określoną w **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**.

Fakt złożenia w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** nowego oświadczenia – Wykazu robót według wzoru określonego w **załączniku Nr 4 d SIWZ** oraz dokumentów określonych w **pkt VI 1.4. SIWZ** w żadnym razie nie stanowi o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Przedmiotowy Wykaz robót nie stanowi bowiem „treści oferty”, ale jest dokumentem stanowiącym część oferty składanym w postępowaniu na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Treść uzasadnienia zawartego w zawiadomieniu z **13.08.2014 r.** wskazuje na to, że dotyczy ono uzasadnienia ewentualnego wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp** stanowiącego, że: „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”.

Zdaniem odwołującego zamawiający odrzucając ofertę odwołującego, w wyżej przedstawionych okolicznościach, naruszył **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Odwołujący wskazał również brak podstaw do wykluczenia odwołującego z postępowania, w szczególności na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**. I tak należy mieć w szczególności na uwadze, że:

**05.08.2014 r.** działając na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** zamawiający zasadnie wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczących podmiotu trzeciego – **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Budimpeks, ul Żywiecka 140, 43-365 Wilkowice (dalej PW Budimpeks)**, na którego zasoby odwołujący powołał się w dokumentach złożonych w ofercie.

Wobec braku możliwości złożenia zamawiającemu wszystkich żądanych dokumentów dotyczących wyżej wymienionego podmiotu trzeciego odwołujący **07.08.2014 r.** o godz. 8:15 (tj. w wyznaczonym w wezwaniu terminie do **07.08.2014 r.** do godz. 9:00) przekazał zamawiającemu nowy komplet wymaganych w SIWZ dokumentów potwierdzających

spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Złożone przez odwołującego nowe dokumenty na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie dotyczyły **PW Budimpeks**, lecz innego podmiotu trzeciego **IMB Podbeskidzie**:

- 1) zobowiązanie innego podmiotu – **IMB Podbeskidzie** do udostępnienia zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia;
- 2) wykaz robót (zgodnie z załącznikiem Nr 4 do SIWZ) wykazujący wykonanie przez **IMB Podbeskidzie** roboty budowlanej pn. „Remont mostu przez rzekę Wisłę w ciągu ul. Nowohuckiej w Krakowie”;
- 3) referencje wystawione przez Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie potwierdzające, że roboty budowlane pn. »Remont mostu przez rzekę Wisłę w ciągu ul. Nowohuckiej w Krakowie« zostały wykonane należycie, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone;
- 4) oświadczenie **IMB Podbeskidzie** o braku podstaw do wykluczenia z postępowania z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 Pzp (załącznik nr 3 do SIWZ);
- 5) aktualny (stan na 15.07.2014 r.) odpisu z właściwego rejestru – KRS 0000154938 dotyczący **IMB Podbeskidzie**;
- 6) aktualne (stan na 09.07.2014 r.) zaświadczenie właściwego naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że **IMB Podbeskidzie** nie zalega z opłacaniem podatków;
- 7) aktualne (stan na dzień 09.07.2014 r.) zaświadczenie właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych potwierdzające, że **IMB Podbeskidzie** nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne.

Ze złożonych wyżej wymienionych oświadczeń i dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – **IMB Podbeskidzie** „użyczającego” na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp swojej wiedzy i doświadczenia wynika, że dokumenty te potwierdzają spełnianie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, w sytuacji gdyby odwołujący w odpowiedzi na wezwanie z 05.08.2014 r. nie przekazał zamawiającemu żadnych dokumentów lub żądanych w wezwaniu dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – **PW Budimpeks** to zamawiający miałby obowiązek wezwać odwołującego do złożenia wymaganych w SIWZ oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Tym samym działanie odwołującego polegające na przekazaniu wyżej wymienionych dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – **IMB Podbeskidzie** było działaniem uprzedzającym wezwanie zamawiającego, do jakiego byłby on zobowiązany na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.



Powyższe „samouzupełnienie” dokumentów bez wyraźnego wskazania ich w stosownym wezwaniu zamawiającego lub też fakt złożenia przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie skierowane na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** innych niż wskazane przez zamawiającego w wezwaniu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie stanowi o nieskuteczności uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Wobec faktu, że ze złożonych oświadczeń i dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego – **IMB Podbeskidzie** użyzającego na podstawie **art. 26 ust. 2b Pzp** swojej wiedzy i doświadczenia wynika, że dokumenty te potwierdzają spełnianie warunku udziału w postępowaniu brak jest podstaw do stwierdzenia, że odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i co za tym idzie podlegać powinien wykluczeniu z postępowania na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**. *Ratio legis* **art. 26 ust. 3 Pzp** dopuszcza uzupełnianie dokumentów przez składanie dokumentów o nowej, innej niż pierwotnie złożona w ofercie treści. Dopuszczalne jest zatem w ramach uzupełnienia dokonywanego w trybie **art. 26 ust. 3 Pzp** w celu potwierdzenia spełniania wymagań podmiotowych powołanie innych osób, wskazanie innych należycie zrealizowanych umów, wskazanie innych podmiotów trzecich, na których zasoby powołuje się wykonawca w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (patrz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2234/12).

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **18.08.2014 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **18.08.2014 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **26.08.2014 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp) wnosząc o oddalenie odwołania.

**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 jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w **art. 179 ust. 1 Pzp**, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

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

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

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** przez dokonanie wadliwej czynności odrzucenia oferty odwołującego – zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby ustalił, że wykonawca (obecny odwołujący) przed upływem terminu składania ofert powołał się w ofercie na zobowiązanie podmiotu trzeciego (użyczenie referencji) w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości min. 290 000,00 zł brutto, której zakres obejmował budowę, przebudowę, modernizację lub remont mostu. Ponadto wykonawca (obecny odwołujący) do oferty w załączniku nr 4 „Wykaz robót” w celu potwierdzenia spełniania wymagań określonych w specyfikacji przedstawił robotę wykonaną przez ten właśnie podmiot trzeci. Jednocześnie wykonawca (obecny odwołujący) wskazał we wzorze oferty, że zamierza zlecić część przedmiotu zamówienia podwykonawcom w zakresie robót żelbetowych ubezpieczeniowych, nawierzchniowych.

Zamawiający pismem z 05.08.2014 r. działając na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty o dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu we wskazanym terminie m.in. w zakresie dokumentów podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego wykonania co najmniej jednej roboty budowlanej o wartości min. 290 000,00 zł brutto, której zakres obejmował budowę, przebudowę, modernizację lub remont mostu. **Art. 26 ust. 3 Pzp** brzmi »Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 [Pzp], zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez

**zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert«.**

Wykonawca (obecny odwołujący) złożył we właściwym terminie inne dokumenty niż dotyczące wskazanej w pierwotnie złożonym do oferty **załączniku nr 4** „Wykaz robót”. Ponadto wykonawca (obecny odwołujący) złożył nowy **załącznik nr 4** „Wykaz robót” ze wskazaniem innej roboty, do którego były dołączone właśnie nowe dokumenty.

Zamawiający uznał, że wykonawca (obecny odwołujący) cyt. »nie uzupełnił wymaganych przez zamawiającego dokumentów. Złożone **07.08.2014 r.** dokumenty nie dotyczą bowiem wskazanego w ofercie podmiotu trzeciego tj. **PW Budimpeks** lecz dotyczące innego podmiotu trzeciego **IMB Podbeskidzie** [...], który nie został wskazany w ofercie. [...]. Wykonawca [obecny odwołujący] złożył również Załącznik nr 4 do specyfikacji „Wykaz robot” [...]. Z uwagi na fakt, że zamawiający nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia Załącznika nr 4 do specyfikacji, który został załączony do oferty, a w załączniku nr 4 do specyfikacji załączonym do oferty nie jest wskazana robota budowlana [...] [obecnie powoływana robota budowlana] wykonawca nie uzupełnił dokumentów, o których uzupełnienie został wezwany. W związku z powyższym na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** treść oferty wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego jego ofertę należało odrzucić«. **Art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli [...] jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 [Pzp]«.

Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Wynika to przede wszystkim z **art. 20 ust. 1 Pzp**, który brzmi: »Komisja przetargowa jest zespołem pomocniczym kierownika zamawiającego powoływanym do [1] oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz do [2] badania i [3] oceny ofert«. W związku z tym zamawiający w pierwszej kolejności powinien dokonać oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu i wykluczyć wykonawców nie spełniających warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z **art. 24 ust. 1 lub 2 Pzp**, a w rozpoznawanym przypadku na podstawie **art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**, który brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy [...] nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu«. Następnie zamawiający uznaje ofertę wykluczonego wykonawcy za odrzuconą. Wynika to z **art. 24 ust. 4 Pzp**, który brzmi »Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą«.

Z tego wynika, że zamawiający po wykluczeniu wykonawcy już nie bada oferty, a bez żadnych dodatkowych czynności uznaje tę ofertę za odrzuconą i takie też zawiadomienie przekazuje do wykluczonego wykonawcy. Z tego powodu skład orzekający Izby stwierdza, że zawiadomienie o odrzuceniu oferty na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** – ze względu na

to, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – nie odpowiadało stanowi faktycznemu w rozpoznawanym postępowaniu.

Jednak – zdaniem składu orzekającego Izby – rzeczywistym problemem jest to, czy wykonawca na wezwanie zamawiającego, na podstawie **art. 26 ust. 3 Pzp** do złożenia właściwych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, może złożyć inne niż spodziewane dokumenty, oświadczenia lub pełnomocnictwa. W rozpoznawanym przypadku zamawiający spodziewał się dokumentów dotyczących podmiotu **PW Budimpeks**, mimo że w wezwaniu nie wymienił nazwy tego podmiotu, jednak ze względu na treść załącznika nr 4 „Wykaz robót” dołączonego do oferty można było zasadnie przypuszczać, że zamawiający żąda dokumentów dotyczących podmiotu **PW Budimpeks**.

Na to wezwanie wykonawca (obecny odwołujący) złożył w wymaganym terminie nowy załącznik nr 4 „Wykaz robót” i wszystkie dokumenty dotyczące wskazanego w załączniku nr 4 nowego podmiotu trzeciego **IMB Podbeskidzie**.

Zamawiający uznał, że cyt. »wykonawca [obecny odwołujący] nie uzupełnił dokumentów, o których uzupełnienie został wezwany« i faktycznie zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania (**art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp**), chociaż w rzeczywistości zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Przed udzieleniem odpowiedzi na pytanie czy wykonawca może samodzielnie złożyć dokumenty dotyczące innego podmiotu niż podmiotu wynikającego (wprost lub domyślnie) z wezwania zamawiającego należy przeanalizować **zdanie drugie art. 26 ust. 3 Pzp**. Ten fragment przepisu brzmi »**Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu [...] wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął [...] termin składania ofert**«.

W przepisie ustawodawca nie sformułował wymagania, aby wykonawca miał obowiązek złożenia oświadczeń i dokumentów odpowiadających ściśle wezwaniu zamawiającego. Natomiast ustawodawca określił inną dyrektywę, cyt. »**oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu**«. Z tego powodu wykonawca może złożyć oświadczenia czy dokumenty inne niż wymagane (w przypadku wskazania konkretnych oświadczeń czy dokumentów do uzupełnienia) czy inne niż założone (w przypadku domyślnego wskazania oświadczeń czy dokumentów do uzupełnienia, jak to miało miejsce w rozpoznawanym postępowaniu). Pogląd taki jest od dawna ugruntowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Mimo że wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń jest prerogatywą zamawiającego, to żaden przepis nie zawiera zakazu samodzielnego uzupełniania przez wykonawcę odpowiednich oświadczeń czy dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 Pzp**. Po takim działaniu wykonawcy zamawiający może już nie wzywać wykonawcy do złożenia odpowiednich dokumentów, ale może wniesione

dokumenty bez wezwania wziąć pod uwagę podczas oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podobnie zostało to sformułowane np. w wyroku **KIO 2723/10** cyt. „w sytuacji, gdyby okazało się, że uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnianie warunku udziału w postępowaniu, pomimo uchybienia proceduralnego [z uwagi na brak odpowiedniego wezwania ze strony zamawiającego], powinny być uwzględnione, jako mające znaczenie dla wyniku postępowania. W takiej sytuacji, nakazywanie zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, już złożonych w postępowaniu przetargowym, byłoby działaniem sztucznym, obciążonym nadmiernym formalizmem, nieprowadzącym do zmiany tej oceny”.

Ponadto skład orzekający Izby podkreśla, że procedura uzupełniania oferty określona w **art. 26 ust. 3 Pzp** dotyczy wyłącznie uzupełnienia oferty o oświadczenia, dokumenty lub pełnomocnictwa w zakresie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i odnosi się tylko do dokumentów, o których mowa w **art. 25 ust. 1 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 spełnianie: (1) warunków udziału w postępowaniu, (2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert«.

W związku z tym zamawiający nie ma podstaw do wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń czy dokumentów, które miałyby posłużyć do przyznania odpowiedniej liczby punktów w zakresie oceny ofert. Również zamawiający nie ma możliwości brania pod uwagę takich oświadczeń czy dokumentów złożonych samodzielnie przez wykonawcę podczas oceny ofert. Tak też wyrok KIO z 31 grudnia 2013 r., sygn. akt KIO 2878/13. Dlatego przywołanie przez zamawiającego tego wyroku z 2013 r. nie mogło być wzięte pod uwagę podczas wydawania niniejszego wyroku, bo stany faktyczne spraw są zupełnie inne.

Kolejnym wymogiem ustawowym jest, aby oświadczenia i dokumenty potwierdzały cyt. »spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu [...] nie później niż w dniu, w którym upłynął [...] termin składania ofert«. Ustawodawca nie wymaga, aby składane oświadczenia lub dokumenty były sporządzone przed terminem składania ofert, ale aby tylko potwierdzały spełnianie warunków nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Dlatego Izba postanowiła odmówić przeprowadzenia wnioskowanych dowodów przez zamawiającego (zeznanie świadka Romana Rogowskiego, wiceprezesa IBM Podbeskidzie i opinii biegłego ds. informatyki) na okoliczność terminu sporządzenia oświadczeń i

dokumentów wniesionych przez odwołującego w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów sformułowane zgodnie z **art. 26 ust. 3 Pzp**. Izba uznała, że wnioskowane dowody zostały powołane jedynie dla zwłoki i odmówiła ich przeprowadzenia na podstawie **art. 190 ust. 6 Pzp**, który brzmi »Izba odmawia przeprowadzenia wnioskowanych dowodów, jeżeli fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki«.

Zamawiający naruszył **art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**.

Skład orzekający Izby odmówił przeprowadzenia wniosków dowodowych zgłoszonych przez zamawiającego:

- 1) zeznanie świadka na okoliczność kiedy zostało podpisane pismo podmiotu **IBM Podbeskidzie**;
- 2) opinia biegłego ds. informatyki na okoliczność kiedy został utworzony plik zawierający pismo podmiotu **IBM Podbeskidzie**

– gdyż zostały powołane jedynie dla zwłoki, zgodnie z **art. 190 ust. 6 Pzp**.

Z powyższych względów uwzględniono 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 odwołującego w kwocie 3 598,98 zł zgodnie z **§ 3 pkt 1 i 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....