

Sygn. akt: KIO 749/12

WYROK
z dnia 30 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej: **Barbara Bettman**

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu **30 kwietnia 2012 r.** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **16 kwietnia 2012 r.** przez wykonawcę **Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM, zam. Radziemice 45A/8, 32-100 Radziemice,** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Sułkowice Rynek 1, 32-440 Sułkowice,** przy udziale:

- wykonawcy **Jana Waz, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz, 33-326 Mogilno, Koniuszowa 136,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

1.1. unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy **Jana Waz, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz, 33-326 Mogilno, Koniuszowa 136,**

1.2. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego **Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM** z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą,

1.3. powtórzenie czynności badania, oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania obciąża: **Gminę Sułkowiec, Rynek 1, 32-440 Sułkowiec,**

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000,00 zł** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM zam. Radziemice 45A/8, 32-100 Radziemice,** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Sułkowiec, Rynek 1, 32-440 Sułkowiec,** na rzecz wykonawcy: **Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM zam. Radziemice 45A/8, 32-100 Radziemice,** kwotę **13 790,88 zł** (słownie: trzynaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt złotych osiemdziesiąt osiem groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie:

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Budowa budynku gimnazjum w Rudniku,” prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego – o wartości zamówienia poniżej progów określonych na podstawie przepisów wskazanych w art. 11 ust. 8 ustawy Pzp, (ogłoszonym w dniu 02.03.2012 r. w Biuletynie zamówień Publicznych nr 64184), w dniu 16 kwietnia 2012 r. zostało wniesione w formie pisemnej odwołanie przez wykonawcę Łukasza Świdzińskiego, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM, zam. Radziemice, w kopii przekazane zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania.

Złożenie odwołania nastąpiło na czynności zamawiającego: wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, o których odwołujący został powiadomiony faksem dnia 10 kwietnia 2012 r.

Wobec podjętych czynności, oraz zaniechania czynności nakazanych ustawą, odwołujący zarzucił zamawiającemu: Gminie Sułkowice naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), dalej zwanej ustawą Pzp, tj.:

1. art. 22 ust 1 pkt 2, przez błędne przyjęcie, iż odwołujący nie spełnił warunku ubiegania się o udzielenie zamówienia dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia,
2. art. 24 ust 2 pkt 4, przez przyjęcie, iż odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 89 ust 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust 2 pkt 4 i w związku z art. 22 ust 1 pkt 2 z uwagi na odrzucenie oferty odwołującego, jako wykluczonego z postępowania,
4. art. 26 ust 3, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
5. art. 25 ust 1 ustawy Pzp w związku z § 1 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane przez przyjęcie, iż dokument referencji stanowi potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu wymaganej wiedzy i doświadczenia,

6. art. 92 ust. 1 pkt. 3, przez brak należytego wskazania podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu odwołującego,
7. art. 7 ust 3, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej,
- powtórzenia czynności oceny ofert,
- unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty,
- wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, mianowicie: wykazu wykonanych robót budowlanych, oraz referencji - w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań, odwołujący podał, że w dniu 26 marca 2012 r. otrzymał wezwanie zamawiającego do uzupełniania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Powyższe wezwanie odwołujący uznał za nieprecyzyjne, gdyż nie wynika z niego wprost jakiego dokumentu dotyczy ono w pkt 1. Zamawiający ograniczył się bowiem do przytoczenia opisu sposobu oceny spełniania przez wykonawców warunku posiadania odpowiedniego doświadczenia, stosownie do wymogów SIWZ i stwierdzenia, iż załączonych (do oferty jak należy przyjąć) referencji nie wynika spełnianie przez odwołującego wyżej wymienionego warunku - ze względu na brak określenia w referencjach kubatury obiektów budowlanych.

Chcąc doprecyzować zakres żądania zamawiającego, opisanego w pkt 1 wezwania z dnia 26 marca 2012 r. - drogą telefoniczną, odwołujący otrzymał od pracowników zamawiającego wyraźną informację, iż ma przedłożyć referencje, z których będzie wynikała kubatura obiektów, i że niedopuszczalne jest złożenie przez niego oświadczenia dotyczącego kubatury wymienionych w wykazie wykonanych robót - budynków.

Odwołujący zasygnalizował zamawiającemu, iż ze względu na okres świąteczny nie było możliwe uzupełnienie dokumentu referencji w określonym terminie, niemniej jednak podjął działania zmierzające do uzyskania przedmiotowych referencji - uzupełnionych o dane dotyczące kubatury, czego wynikiem było przedłożenie w dniu 10 kwietnia 2012 r. żądanych przez zamawiającego referencji potwierdzających, że budynki wskazane w wykazie robót

posiadają kubaturę niezbędną do uznania, że odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W ocenie odwołującego, żądanie przedłożenia referencji zawierających informacje na temat kubatury należy uznać za dokonane z naruszeniem przepisu art. 26 ust 3 w związku z § 1 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - poprzez przyjęcie, iż dokument referencji stanowi potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu wymaganej wiedzy i doświadczenia. Zdaniem odwołującego, jedynym dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiedniego doświadczenia jest wykaz wykonanych robót budowlanych. Natomiast funkcją referencji jest wyłącznie potwierdzenie, iż roboty wymienione w złożonym wykazie zostały wykonane należycie. Na poparcie swego stanowiska, odwołujący przytoczył tezę wyroku z dnia 4 marca 2011 r. sygn. akt KIO 327/11 KIO 349/11, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, iż: *„Dokumentem potwierdzającym zakres, czy rodzaj prac przywoływanych w celu wykazania spełniania warunków posiadania wiedzy i doświadczenia, jest wykaz robót budowlanych, dostaw lub usług. Wykaz tego typu jest dokumentem wytwarzanym przez samego wykonawcę, stanowiącym de facto oświadczenie własne wykonawcy, w którym prawdziwość podawanych danych sankcjonowana jest dyspozycją art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”*

Odwołujący zwracał uwagę, że na fakt, iż zamawiający myli funkcję tych dokumentów, o czym świadczy również sposób opisu dokumentów, których żąda zamawiający od wykonawców - na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zawarty w pkt. 4 tabeli w Rozdz. 6 SIWZ, albowiem obok opisu wykazu wykonanych robót, tożsamego z dyspozycją § 1 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane - wskazuje również, że wykonawcy winni: „udokumentować, że we wskazanym wyżej okresie wykonali co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, których przedmiotem była budowa obiektów użyteczności publicznej o kubaturze nie mniejszej niż 5 000 m każda.” Z powyższego można wywodzić, w szczególności w świetle treści pkt 1 wezwania z dnia 26 marca 2012 r., iż zamawiający wymaga w rzeczywistości przedłożenia, niezależnie od opisu rodzaju wykonanych robót, zawartego w wykazie, dodatkowych dokumentów - potwierdzających kubaturę obiektów.

W takim przekonaniu utwierdziły również odwołującego informacje od pracowników

zamawiającego, uzyskane drogą telefoniczną, którzy jako *ratio* swego żądania wskazali chęć posiadania obiektywnego (pochodzącego od podmiotu innego niż wykonawca) potwierdzenia, że wykonane obiekty posiadają wymaganą kubaturę. Jak wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 23 lipca 2010 r. sygn. akt. X Ga 163/2010 „*Granice określone przez rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. co do dokumentów, jakich zamawiająca może żądać od wykonawców, są granicami, poza które zamawiająca nie mogła wykroczyć - nie mogła żądać niczego więcej, niż wskazywało to przywołane rozporządzenie, bowiem katalog ten ma charakter zamknięty.*”

Odwołujący argumentował, że zamawiający nie może również - wymienionym w powyższym rozporządzeniu dokumentom - nadawać innego znaczenia niż w nim określone, w przypadku referencji - jest nim potwierdzenie należytego wykonania robót budowlanych.

Żądanie przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów referencji potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, poprzez wskazanie w nich kubatury wykonanego obiektu, zdaniem odwołującego, narusza przepis § 1 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, nr 226, poz. 1817), albowiem z treści tego przepisu nie wynika uprawnienie zamawiającego do żądania konkretnej formy dokumentu, który miałby potwierdzać, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. To wykonawca decyduje jaką formę będzie miało tego rodzaju potwierdzenie. Na powyższe wskazuje również wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lipca 2011 r. sygn. akt KIO 1338/11, w którym Izba stwierdziła, iż: „*Referencje nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż ze swej natury potwierdzają jedynie należyte, właściwe wykonanie tych robót (wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonych).*”

W pkt 4 tabeli z Rozdziału 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) wskazano, że wykaz wykonanych robót w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia ma zawierać określenie rodzaju robót, ich wartości, daty i miejsca wykonania.

Mając powyższe na uwadze, odwołujący przyznał, iż załączony do jego oferty wykaz wykonanych robót - jest dokumentem wadliwym - nie zawiera bowiem informacji na temat miejsca wykonywania prac budowlanych, jak i odniesienia w ich opisie do kubatury wykonanych obiektów. Wobec tego faktu, powinnością zamawiającego było wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganego doświadczenia - w postaci prawidłowo sporządzonego i kompletnego wykazu wykonanych

robót, czego zamawiający zaniechał.

Wykluczenie odwołującego było zatem, czynnością przedwczesną. Zamawiający winien był bowiem, zgodnie z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentów - poprzez przedłożenie prawidłowego wykazu wykonanych, robót wraz z dokumentami potwierdzającymi ich należyte wykonanie.

Odwołujący przytoczył kolejny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2011 r. sygn. akt KIO 2148/11, stwierdzający: *„Nieprawidłowe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów powoduje, że czynność wykluczenia Odwołującego uznać należy za przedwczesną. Dopiero prawidłowe wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów i analiza treści dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego po otrzymaniu takiego prawidłowego wezwania może pozwolić na ocenę, czy Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania.”*

Z ostrożności procesowej, odwołujący podnosił, że wezwanie do uzupełnienia dokumentów winno być sformułowane w sposób precyzyjny i nie budzący żadnych wątpliwości co do jego zakresu - czyli dokumentu, którego brak lub wadliwość wpływają na ocenę spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Za godny uwagi, uznał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2011 r. KIO 2148/11, uzasadniający, że: *”Artykuł 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych określa kilka przypadków, w których Zamawiający zobowiązany jest do wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Jednym z przypadków jest niezłączenie do oferty wymaganych dokumentów, innym zaś jest złożenie dokumentów zawierających błędy. W ocenie Izby, wykonawca powinien mieć świadomość, który z tych przypadków ma miejsce, gdyż okoliczność ta ma wpływ na działania wykonawcy po otrzymaniu wezwania i zakres dokumentów, jakie złoży czyniąc zadość żądaniu Zamawiającego. Informacja w tym zakresie powinna więc wynikać z pisma skierowanego przez Zamawiającego do wykonawcy.”*

Odwołujący argumentował, że w pkt 2 i 3 wezwania z dnia 26 marca 2012 r. zamawiający w sposób nie budzący żadnych wątpliwości wskazał dokładnie - uzupełnienia których dokumentów żąda. Takiego wskazania zabrakło natomiast w pkt 1 omawianego wezwania.

W przeświadczeniu odwołującego, w znacznej mierze analogiczny stan faktyczny był przedmiotem wyroku KIO z dnia z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. akt: KIO/UZP 1530/08), w którym Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż precyzyjne określenie żądania do uzupełnienia brakujących dokumentów lub oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, obciąża zamawiającego. Brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków

prawnych dla wezwanego wykonawcy: „Po pierwsze, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp wezwanie do uzupełnienia złożonej oferty może dotyczyć oświadczeń lub dokumentów. Precyzyjne określenie żądania obciąża przy tym Zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy (...). Niejasny charakter wezwania doprowadził bowiem do sytuacji, iż Odwołujący zmuszony był domniemywać, w jakim zakresie ma zostać dokonane uzupełnienie oraz które z wykazanych zadań nie spełniają w ocenie Zamawiającego warunku postawionego przez niego. De facto powziął informacje w tym zakresie dopiero na rozprawie. Po drugie, Izba stoi na stanowisku, że jeżeli Wykonawca nie złożył dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie może go wykluczyć z postępowania przed wyczerpaniem procedury wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów. Niniejsze odnosi się także do przedmiotowego stanu faktycznego, gdyż czynność wezwania do uzupełnienia złożonej oferty z dnia 02.12.2008 r. była obarczona wadą prawną, gdyż nie wskazywała w sposób precyzyjny i jednoznaczny przedmiotu wezwania. Wobec powyższego, Izba uznaje niniejszą czynność za nieskuteczną i nie rodzącą skutków prawnych. Należy na marginesie zauważyć za orzecznictwem KIO, iż precyzja w stosownym wezwaniu jest istotna także z uwagi na okoliczność tego rodzaju, że procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 Pzp zezwala na jednokrotne wzywianie Wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu i w jednokrotnie wyznaczonym terminie. Nie ma natomiast przeszkód prawnych, aby Wykonawca był wezwany ponownie do uzupełnienia w nowo wyznaczonym terminie innego dokumentu niż określonego w ewentualnych wcześniejszych wezwaniach. Po trzecie, wobec nie wyczerpania de facto procedury wezwania Wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów, Izba uznaje, że czynność wykluczenia Wykonawcy z udziału w przedmiotowym postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty była przedwczesna.”

Odwołujący ponawiał zarzuty, iż zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania, jest dotknięte wadą, bowiem uzasadnienie nie wskazuje wprost jakiego dokumentu wykonawca nie uzupełnił. Wprawdzie z opisu stanu faktycznego można wywodzić, iż zamawiającemu chodziło o nieprzedłożenie referencji zawierających kubaturę wykonanego obiektu, jednakże uzasadnienie to powinno być na tyle konkretne by wykonawca miał możliwość dokonania weryfikacji poprawności i zgodności z prawem czynności zamawiającego, na co treść zawiadomienia nie pozwalała.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1658/11 „Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,

determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji zamawiającego może się do nich odnieść decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądza o uwzględnieniu odwołania." Natomiast z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2294/10 wynika, iż: „Uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia wykonawcy z postępowania powinno być na tyle szczegółowe, aby znane były uczestnikom postępowania motywy jakimi kierował się zamawiający. Biorąc pod uwagę konsekwencje, jakie wiążą się z czynnością wykluczenia z postępowania, jak również zasadę pisemności postępowania zamawiający winien wskazać w sposób szczegółowy wszystkie okoliczności faktyczne, jak również wskazać podstawę prawną dokonanej czynności."

Odwołujący powołał się na swój interes do wnoszenia środków ochrony prawnej - zgodnie z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ jedynym kryterium oceny ofert jest cena, a oferta odwołującego, w razie gdyby nie został wykluczony z postępowania - byłaby ofertą z najniższą ceną.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 16 kwietnia 2012 r., do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego zgłosił w formie pisemnej w dniu 19 kwietnia 2012r. przystąpienie wykonawca wybrany – Jan Waz, Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej, którego kopie przekazał stronom.

Zgłaszający przystąpienie wnosił o oddalenie odwołania i utrzymanie w mocy wyboru jego oferty, jako najkorzystniejszej. W piśmie z dnia 30 kwietnia 2012 r. nie zgodził się z zarzutami, że wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenia złożonej oferty, w zaistniałych okolicznościach – nie znajdowało normatywnego wsparcia.

Izba postanowiła dopuścić wykonawcę wybranego – Jana Waz, Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Koniuszowej, do udziału w sprawie.

Zamawiający pismem z dnia 26 kwietnia 2012 r. – działając w osobie Burmistrza Gminy złożył oświadczenie, że „uznaje odwołanie Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LUK TERM zam. Radziemice 45A/8 w części dotyczącej zarzutu nieuprawnionego żądania dokumentów w postaci referencji o określonej treści, z których wynikałoby spełnienie warunku postawionego przez zamawiającego w punkcie 5.2.2) SIWZ."

Zdaniem zamawiającego, powtórzenie czynności - nie wpłynie jednak na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i nie zmieni wykonawcy wybranego do realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego. Zamawiający przytoczył treść art. 22 ust.

1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Dalej wskazał, że pismem z dnia 26 marca 2012 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.2.2) oraz 5.2.3) SIWZ.

Uznając argumenty odwołującego w zakresie pkt 5.2.2) SIWZ, zamawiający podnosił, że odwołujący nie spełnił warunku – sprecyzowanego w sposobie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu – punkt 5.2.3) SIWZ, a mianowicie: „Zamawiający uzna, że wykonawca spełnia warunek dysponowania osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował osobami posiadającymi uprawnienia do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji i urządzeń gazowych, wodociągowych i kanalizacyjnych oraz elektrycznych.

Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie wyżej wymienionego warunku, wykonawcy dołączyli – zgodnie z wzorem załącznika nr 4 do oferty „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia,” ze wskazaniem podstawy prawnej dysponowania wskazanymi osobami i posiadające następujące uprawnienia:

- kierownik budowy o specjalności konstrukcyjno-budowlanej;
- kierownik robót o specjalności instalacyjnej w zakresie instalacji gazowych;
- kierownik robót o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji wodociągowych i kanalizacyjnych;
- kierownik robót budowlanych o specjalności instalacyjnej w zakresie sieci, instalacji elektrycznych.

Zamawiający podnosił, że odwołujący w ofercie wskazał jedynie osobę o specjalności konstrukcyjno-budowlanej, pozostali specjaliści nie zostali wskazani. Zamawiający pismem z dnia 26 marca 2012 r. wezwał odwołującego do uzupełnienia również wyżej wymienionego wykazu – punkt 2) pisma.

W dniu 2 kwietnia 2012 r. odwołujący złożył „Wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia,” wskazując p. Piotra Majerskiego oraz p. Danutę Prażmowską – Sobota, jako osoby, które będą brały udział w realizacji przedmiotowego zamówienia, nie dołączając żadnych dokumentów, z których wynikałoby potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (punkt 5.2.3) SIWZ.

Zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp (pkt 6.6.SIWZ) wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji

zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Z dokumentów jakie posiada zamawiający wynika, że p. Piotr Majerski jest podmiotem trzecim prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą MAJER, 31-464 Kraków, ul. Chałupnika 4/75 (zgodnie z dokumentacją zawartą w ofercie nr 18 przedmiotowego zamówienia publicznego) i nie pozostaje w bezpośredniej dyspozycji odwołującego.

Reasumując, zamawiający stwierdził, że odwołujący nie wykazał, że będzie dysponował wyżej wymienionymi specjalistami przy realizacji przedmiotowego zamówienia, zgodnie z warunkiem postawionym przez zamawiającego i nie spełnił warunku, o którym mowa w punkcie 5.2.3) SIWZ. Jedynymi dokumentami jakie załączył odwołujący w dniu 2 kwietnia 2012 r. są puste druki – „Zobowiązanie innego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia” (podpisane przez odwołującego) – zgodnie z wzorem przygotowanym przez zamawiającego, z których nic nie wynika - i zdaniem zamawiającego nie mające żadnej mocy dowodowej. Zamawiający zaznaczał, że na wykonawcy spoczywa obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, a w tym przypadku – nie zostało to udowodnione.

Uznając argumenty odwołującego, co do nieuprawnionego żądania dokumentów, zamawiający podnosił, że nie może udzielić zamówienia publicznego wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału, ani też nie uwiarygodni, w dostateczny sposób, że podmioty na których polega, prawnie i skutecznie zobowiązały się oddać wykonawcy zasoby niezbędne do realizacji zamówienia.

Izba nie stwierdziła podstaw skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu, którego wartość jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Jednakże dotyczy czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą. Z tych względów odwołanie należało uznać za dopuszczalne w oparciu o postanowienia art. 180 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp. Zarzutami odwołania - immanentnie związanymi z czynnością wykluczenia odwołującego - była także objęta bezpodstawność wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów oferty. Czynność taka w postępowaniach podprogowych, nie mogła być przedmiotem samodzielnego zaskarżenia, ponieważ na przeszkodzie stoi treść art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Dla wykonawcy w niniejszym postępowaniu, stała się zatem możliwa do zaskarżenia - łącznie z odwołaniem na

bezpodstawne wykluczenie odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody: z ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia z wyjaśnieniami, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego, pism zamawiającego z żądaniem wyjaśnień i dokumentów oraz udzielonych przez odwołującego wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów - stanowiących odpowiedź na wezwanie. Pisma z dnia 10 kwietnia 2012 r. informującego o wyniku przetargu.

Ponadto Izba rozważyła stanowiska reprezentantów i pełnomocników stron oraz przystępującego - przedstawione w złożonych pismach oraz do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania, jak stanowi art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba ustaliła co następuje.

Zamówienie obejmuje budowę budynku gimnazjum w Rudniku wraz z infrastrukturą towarzyszącą.

Pkt 5 SIWZ. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków.

Pkt 5.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące, między innymi: 2) posiadania wiedzy i doświadczenia.

Pkt 5.2.2). Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, których przedmiotem była budowa obiektów użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³.

Pkt 6 SIWZ. Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Pkt 6.1. SIWZ. Wymagane (...) dokumenty należy przedłożyć w formie oryginałów albo kserokopii (...) poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę na każdej stronie.

Tabela. Pozycja 4. Zamawiający wymagał wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca

wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wykonawca musi udokumentować, że we wskazanym wyżej okresie wykonał co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, których przedmiotem była budowa obiektów użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³. Do każdego z wymienionych zadań należy dołączyć dokumenty, np. referencje lub inne dokumenty potwierdzające, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Wzór (oświadczenia) stanowi załącznik nr 3 do oferty. Wykonawca zobowiązany był przedstawić wykaz zrealizowanych w ciągu ostatnich 5 lat robót budowlanych o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia (według wzoru załącznika nr 3 do oferty).

W załączniku należało zamieścić pieczęć adresową firmy wykonawcy, datę wystawienia dokumentu i miejscowość.

Następnie w tabeli, wykonawca zobowiązany był wskazać zleceniodawcę, opis zrealizowanego zadania, wartość zadania w złotych, okres realizacji (rok). Wymieniony wykaz - wykonawca zobowiązany był opatrzyć podpisem własnym lub przez upoważnionego przedstawiciela.

W przypisie podano: „Do każdego z wymienionych zadań należy dołączyć dokumenty, np. referencje lub inne dokumenty potwierdzające, że wskazane roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”

Termin składania ofert upłynął w dniu 20 marca 2012 r.

Pkt 13 SIWZ. Jedynym kryterium oceny ofert została ustanowiona cena.

Z protokołu postępowania (załącznik z otwarciem ofert) wynika, że oferty złożyło 27 wykonawców.

Następujący wykonawcy złożyli oferty – kolejne - zawierające najniższe ceny:

Firma Budowlana Marek Włodarz z Krakowa – cena brutto 2 598 797,28 zł,

Firma MAJER Piotr Majerski z Krakowa - cena brutto 2 749 238,89 zł,

Odwołujący LUK TERM Łukasz Świdziński - cena brutto 2 998 519,28 zł,

Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Mogilnie - cena brutto 3 193 119,64 zł.

Odwołujący przedstawił wykaz zrealizowanych w ciągu ostatnich 5 lat robót budowlanych o charakterze podobnym do przedmiotu zamówienia (według wzoru załącznika nr 3 do oferty), w którym ujął:

- 1) rozbudowę wraz z pracami instalacji sanitarnej, elektrycznej, wykończeniowymi, stolarką okienną i drzwiową Budynku Przedszkola Nr 5, na rzecz KDI Przedsiębiorstwa Budowlanego, wartość zadania 2 300 000,00, od 11.08.2008 do

29.10.2009,

- 2) budowę przedszkola 8-oddziałowego wraz z kompleksowym wykończeniem i zagospodarowaniem terenu, na rzecz KDI Przedsiębiorstwa Budowlanego, wartość zadania 4 827 425,00 zł, od 16.01.2008 do 20.01.2009.

Odwołujący przedstawił dwa dokumenty referencji, wystawione przez KDI Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z Krakowa:

- 1) z dnia 15.03.2009 r., poświadczające, że Łukasz Świdziński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM, z siedzibą w Radziemicach 45A/8, 32-100 Radziemice, wybudował dla nas od 16.01.2008 r. do 20.01.2009 r. przedszkole 8-oddziałowe wraz z kompleksowym wykończeniem i zagospodarowaniem terenu. Całkowita wartość zamówienia 4 827 425,00 zł, powierzchnia użytkowa 1985 m². Prace zostały wykonane profesjonalnie i z należytą starannością. Firma LUK-TERM dysponuje bardzo dobrą kadrą pracowniczą, dzięki czemu cały okres współpracy przy realizacji inwestycji układał się bez zarzutów. Miejsce realizacji Przedszkole Samorządowe nr 58 ul. Skośna 2, Kraków,

- 2) z dnia 19.11. 2009 r. poświadczające, że Łukasz Świdziński, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą LUK TERM, z siedzibą w Radziemicach 45A/8, 32-100 Radziemice, wykonał dla nas rozbudowę wraz z pracami instalacyjno-sanitarnymi, elektrycznymi, wykończeniowymi stolarką okienną i drzwiową Budynku Przedszkola Nr 5 w Krakowie przy ul. Zachodniej 6a, w okresie od 11.08.2008 do 29.10.2009. Całkowita wartość zamówienia 2 300 000,00 zł, powierzchnia użytkowa 751 m². Prace wykonywane zgodnie ze sztuką budowlaną, z należytą starannością. Prowadzone roboty budowlane oraz dostawa materiałów, sprzętu nie powodowała zakłóceń w pracy.

- wyżej opisane referencje zostały podpisane przez Prezesa Zarządu spółki KDI.

W dniu 26 marca 2012 r. zamawiający wystosował do odwołującego wezwanie do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp – potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), o treści jak niżej:

Oświadczenia/dokumenty do uzupełnienia: Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, których przedmiotem była budowa obiektów użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m³. (każda zgodnie z uszczegółowieniem zawartym w tabeli punkt 6 wiersz 4). Z treści załączonych referencji wystawionych przez KDI Przedsiębiorstwo Budowlane Sp. z o.o. z Krakowa, nie wynika spełnienie wyżej wymienionego warunku – brak kubatury.

Ponadto zamawiający wymagał uzupełnienia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia oraz oświadczenia, o posiadaniu przez te osoby uprawnień.

Zamawiający żądał niezwłocznego przesłania dokumentów faksem oraz na swój adres. Zamieścił informację, że niezłożenie wymienionych dokumentów w terminie do dnia 4.04.2012 r. skutkować będzie wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Przy piśmie z dnia 2 kwietnia 2012 r. odwołujący przekazał wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, oświadczenie wykonawcy o posiadaniu przez te osoby uprawnień, wraz z kopią uprawnień budowlanych.

Pismem z 10 kwietnia 2012 r. odwołujący złożył wyjaśnienie w sprawie referencji, w którym prosił o rozpatrzenie referencji, których termin doręczenia minął dnia 5.04.2012 r. Pisał, że w wyżej wymienionym terminie „nie mogliśmy ich (dokumentów) dostarczyć z powodu nieobecności prezesa firmy wystawiającej.” Do wymienionego pisma dołączył referencje dotyczące tych samych robót jak w wykazie, z tą samą datą wystawienia, określające kubaturę obiektów powyżej żądanych 5000 m³.

Zamawiający wykluczył z postępowania, między innymi, wykonawców:

Firma Budowlana Marek Włodarz z Krakowa – za brak wniesienia wadium,

Firma MAJER Piotr Majerski z Krakowa - za brak wniesienia wadium,

Odwołującego LUK TERM Łukasz Świdziński, podając w piśmie z dnia 10 kwietnia 2012 r. uzasadnienie, faktyczne i prawne: że *„Wykonawca na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Wykonawca nie uzupełnił wszystkich żądanych dokumentów. Wobec powyższego, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.2.2) SIWZ i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego, uznaje się za odrzuconą.”*

Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy - Zakład Ogólnobudowlany Jan Waz z siedzibą w Mogilnie. O powyższych wynikach przetargu zamawiający zawiadomił wykonawców faksem w dniu 10 kwietnia 2012 r.

Pismem z dnia 12 kwietnia 2012 r. odwołujący zwrócił się do zamawiającego o powtórzenie czynności oceny ofert i wydłużenie terminu do uzupełnienia dokumentów określonych w wezwaniu z dnia 26 marca 2012 r. tj. referencji zawierających informację na temat kubatury obiektów, których był wykonawcą. Przedmiotowych dokumentów nie mógł uzyskać z uwagi na okres świąteczny. Nadmieniał, że jego oferta była najkorzystniejszą. W odpowiedzi pismem z dnia 16 kwietnia 2012 r. zamawiający poinformował o przysługujących odwołującemu

środkach ochrony prawnej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący jako uczestnik przedmiotowego postępowania przetargowego - posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - a co za tym idzie legitymację do korzystania ze środków ochrony prawnej, skoro wykazywał, że zamawiający z naruszeniem ustawy Pzp podjął czynność wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, mimo, że była najkorzystniejszą według ustalonego kryterium, narażając odwołującego na poniesienie związanej z tym szkody - przez uniemożliwienie wyboru złożonej oferty.

Przechodząc do rozstrzygnięcia sprawy, Izba miała na uwadze treść podanego przez zamawiającego uzasadnienia - podjętej czynności wykluczenia odwołującego LUK TERM Łukasz Świdziński z postępowania, przytoczonego w piśmie z dnia 10 kwietnia 2012 r.: *„Wykonawca na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp został wezwany do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Wykonawca nie uzupełnił wszystkich żądanych dokumentów. Wobec powyższego, Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w pkt 5.2.2) SIWZ i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego, uznaje się za odrzuconą.”*

Przywołany punkt Pkt. 5.2.2) SIWZ ma następujące brzmienie: *„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli wykonawca wykaze, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej dwie roboty budowlane odpowiadające przedmiotowi niniejszego zamówienia, których przedmiotem była budowa obiektów użyteczności publicznej o kubaturze minimum 5 000 m3.”*

Z powyższego wynika, w sposób nie budzący żadnych wątpliwości, że odwołujący został wykluczony za niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu - w zakresie wiedzy i doświadczenia – dla potwierdzenia, którego składany był „Wykaz wykonanych robót budowlanych” według wzoru załącznika nr 3 do oferty, wraz z referencjami. Uprzednio, (przed wykluczeniem) zamawiający wzywał wykonawcę Łukasza Świdzińskiego LUK TERM do uzupełnienia dokumentów referencji, gdyż według oceny zamawiającego - nie wynikało z nich spełnienie warunku – (brak kubatury minimum 5 000 m3). Należało zatem uwzględnić dosłowną treść wezwania - nawiązującego do referencji, a nie do wykazu robót.

Zarzuty odwołania odnosiły się do przytaczanych wyżej podstaw faktycznych, które

stały się przyczyną wykluczenia odwołującego i w konsekwencji tego faktu - uznania jego oferty za odrzuconą.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 26 kwietnia 2012 r. zamawiający oświadczył, że uznaje odwołanie Łukasza Świdzińskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą LUK TERM zam. Radziemice 45A/8 - w części dotyczącej zarzutu nieuprawnionego żądania dokumentów w postaci referencji o określonej treści, z których wynikałoby spełnienie warunku postawionego przez zamawiającego w punkcie 5.2.2) SIWZ.

Zdaniem Izby, należy zatem przyjąć, że zamawiający w całości uwzględnił zarzuty odwołania - w kontekście podanych przyczyn faktycznych, które legły u podstaw wykluczenia odwołującego z postępowania.

Nie zachodziła zatem, nawet potrzeba oceny tych zarzutów przez Izbę. Nie mniej Izba w całości podzieliła stanowisko odwołującego, że żądanie przez zamawiającego w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów - referencji potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, poprzez wskazanie w nich kubatury wykonanego obiektu, narusza przepis § 1 ust 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009, nr 226, poz. 1817), albowiem z treści tego przepisu wynika jedynie uprawnienie zamawiającego do żądania dokumentu, który miałby potwierdzać, że roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Nadto, jak najbardziej uprawniona jest interpretacja zaprezentowana przez odwołującego w odniesieniu do art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że decyzję o wykluczeniu wykonawcy, z podaniem podstawy niespełnienia warunku udziału i niezłożenia wymaganego dokumentu, zawsze należy uznać za wadliwą i przedwczesną, o ile zamawiający nie zadośćuczyni w sposób prawidłowy nakazom wynikającym z powołanej normy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponowne przytoczenie w wezwaniu - określonego w SIWZ warunku i podanego sposobu jego oceny, nie mogło być uznane za wystarczające. Zamawiający, gdy zdecyduje się wezwać wykonawcę do złożenia dokumentów, winien dokładnie wskazać jakie znajduje w dokumentacji oferty braki i błędy i w jaki sposób oczekuje, że wykonawca je uzupełni.

Nie można było pominąć, że w odpowiedzi na odwołanie, zamawiający podał zupełnie nowe powody wykluczenia odwołującego, do których odwołanie, ani się nie odnosi, ani nie mogło się odnosić. Okoliczność, że jako podstawę prawną czynności, zamawiający wskazał art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy - że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału - w żadnej mierze nie

upoważniała zamawiającego, ażeby w postępowaniu odwoławczym uzupełniać uzasadnienie faktyczne podjętych czynności - wykluczenia odwołującego i uznania oferty za odrzuconą.

Zwracanie zaś uwagi Izby, na okoliczność, że oferta odwołującego jest obciążona jeszcze innymi brakami, podanymi w odpowiedzi na odwołanie – zatem finalnie i tak podlega odrzuceniu, zatem z tych względów odwołanie – co do przyznanych zarzutów naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp - jako pozbawione istotnego wpływu na wynik postępowania w rozumieniu art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, nie podlega uwzględnieniu – nie mogło odnieść zamierzonego przez zamawiającego skutku.

Nowe zarzuty, stawiane odwołującemu - nie podlegały rozpatrzeniu przez Izbę w niniejszej sprawie. W przypadku, gdy zamawiający w wyniku ponownej oceny ofert – wykluczy odwołującego ze wskazanych przyczyn – wykonawcy będą przysługiwały nowe środki zaskarżenia. Izba w tej sprawie, *a priori* nie może zająć stanowiska, że odwołujący winien być wykluczony z postępowania – gdyż nie wykazał dysponowania osobami, które będą wykonywać zamówienie. Nie zachodzi zatem sytuacja, że przyznane przez zamawiającego, naruszenie przepisów ustawy Pzp, Izba może uznać z góry i jednoznacznie – za pozbawione wpływu na wynik przedmiotowego postępowania.

Dowód zaistnienia przesłanek obligujących do wykluczenia wykonawcy, spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny, jak stanowi art. 190 ust. 1 Pzp nawiązujący do art. 6 K.c. w związku z art. 14 ustawy Pzp. Zatem na gruncie rozpoznawanej sprawy zaistnienie okoliczności uzasadniających wykluczenie odwołującego - powinno zostać udowodnione przez zamawiającego. Zamawiający jest zobowiązany w toku czynności badania ofert ustalić, że powołana przez niego przesłanka wykluczenia wykonawcy i odrzucenia oferty nastąpiła, a następnie poinformować o ustaleniach i podjętych czynnościach oraz ich konsekwencjach wykonawców podając - stosownie do normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - nie tylko uzasadnienie prawne (podstawę prawną swojej czynności), ale także pełne uzasadnienie faktyczne. W realiach niniejszej sprawy, bez najmniejszych wątpliwości, zamawiający wadliwie dokonał poinformowania odwołującego o odrzuceniu jego oferty, bowiem - wbrew dyspozycji przepisu art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - zaniechał podania pełnego uzasadnienia, faktycznego dokonanej wobec oferty odwołującego czynności. Zarzut ten został wprost uznany przez zamawiającego. Ogólnikowe sformułowania przez zamawiającego w piśmie z dnia 10 kwietnia 2012 r. o niespełnieniu przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu - jako podstawy odrzucenia oferty - są niewystarczające aby uznać je za dostateczne uzasadnienie. Zamawiający nie wskazał precyzyjnie na czym owo niespełnienie warunków udziału w postępowaniu polegało. Z przedstawionego uzasadnienia faktycznego nie sposób wywieść, na czym miało polegać

„niespełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu,” które legło u podstaw odrzucenia jego oferty, w szczególności dotyczące wykazu osób.

W konsekwencji Izba podzieliła także pogląd odwołującego, że uzasadnienie faktyczne decyzji zamawiającego zawarte w piśmie z 10 kwietnia 2012 r. ograniczające się do przytaczanych wyżej ogólnikowych stwierdzeń niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie może być uznane za dostateczne uzasadnienie faktyczne, realizujące cel normy art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp. W istocie, dopiero odpowiedź zamawiającego na odwołanie - stanowiła uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty.

Zasadnym jest podkreślenie, iż uzasadnienie podane w informacji o wykluczeniu i odrzuceniu oferty wykonawcy z postępowania - warunkuje zakres składanych środków ochrony prawnej. Jego treść, z uwagi na zawity charakter terminów wnoszenia środków ochrony prawnej ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom realizacji swoich praw w postępowaniu (tak też podają wyroki: KIO z dnia 23 marca 2011 r., sygn. akt KIO 522/11; z dnia 24 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO 1066/10). Z tego względu brak precyzyjnego wskazania na czym polega niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, prowadzi do wniosku, iż zamawiający w istocie nie poinformował odwołującego o przyczynie wykluczenia z postępowania. Na zamawiającym ciąży obowiązek przedstawienia uzasadnienia faktycznego swoich decyzji w taki sposób, aby wykonawca miał pełną wiedzę na temat przyczyn wykluczenia, czy odrzucenia oferty (tak też podano w wyroku KIO z dnia 7 września 2010 r., sygn. akt KIO 1819/10). Wykonawca nie ma obowiązku domniemywać, domyślać się na czym polegają stwierdzone przez zamawiającego nieprawidłowości w ofercie, prowadzące do jej odrzucenia. Nie stanowi wypełnienia dyspozycji normy art. 92 ust. 1 pkt 2 Pzp podanie przez zamawiającego dopiero na rozprawie, czy w odpowiedzi na odwołanie uzasadnienia faktycznego podjętych wobec odwołującego decyzji (tak też wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1620/11 oraz sygn. akt KIO 1625/11) - a właśnie w ten sposób postąpił zamawiający w rozpoznawanej przez Izbę sprawie.

Obowiązek zawiadamiania wykonawców określony w art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, stanowi realizację wyrażonej w art. 8 ust. 1 tej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 ustawy - zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Żadnego znaczenia dla usprawiedliwienia postawy zamawiającego, nie stanowi przywoływana okoliczność, iż odwołujący został ogólnie poinformowany o przyczynach odrzucenia oferty. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie prowadzi się w formie pisemnej. Tylko takie działania zamawiającego

można uznać za legalne, realizujące należycie zasadę jawności, a nie nieujawnione do wiadomości wszystkich uczestników przetargu, powiadamianie np. telefoniczne o przyczynach odrzucenia ofert wykonawców, czemu zamawiający jednoznacznie nie zaprzeczył - że mogło mieć miejsce.

Izba uznała, że w okolicznościach rozpatrywanej sprawy zamawiający, w sposób lakoniczny i ogólnikowy - uzasadniając podjęte wobec odwołującego czynności, pozbawił go możliwości oceny poprawności prowadzonych działań i ewentualnego ich rzeczowego zakwestionowania przez wniesienie odwołania, uchylając tym samym regułom, rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego. W świetle powołanych wyżej zasad, niedopuszczalnym jest aby wykonawca kwestionujący zasadność podjętych wobec niego przez zamawiającego czynności, samodzielnie zidentyfikował (nie koniecznie trafnie) przyczyny wykluczenia i odrzucenia oferty (w tym przypadku samodzielnie identyfikował powody z jakich nie spełnił warunków udziału w postępowaniu), a następnie w oparciu o poczynione założenia i domysły, przedstawiał w odwołaniu argumenty przemawiające za nietrafnością domniemyanych przyczyn decyzji zamawiającego. W takich okolicznościach faktycznych, dopiero w odpowiedzi na odwołanie odwołujący oraz pozostali wykonawcy - w polemice zamawiającego z zarzutami odwołania - dowiadują się, że odwołujący może nie mieć racji, gdyż zupełnie z innych przyczyn zamawiający wykluczył wykonawcę, bądź, że trafnie zostały przez odwołującego przyczyny wykluczenia zrekonstruowane - jednak zamawiający uważa, iż jego decyzja jest prawidłowa. Taka sytuacja musiała być uznana przez Izbę za niedopuszczalną. Jak wynika z normy wyrażonej w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp - zamawiający jest zobowiązany podać uzasadnienie podejmowanych czynności, tak aby wykonawcom zagwarantować możliwość weryfikacji podjętych czynności w toku procedury odwoławczej. W szczególności uzasadnienie faktyczne zawiadomienia o wykluczeniu wykonawcy - powinno wyczerpująco obrazować, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji zamawiającego, tak aby wykonawca, gdy oceny zamawiającego nie podziela - mógł do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować się wnosząc odwołanie.

Bieg terminu na wniesienie wymienionego środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy.

Izba nie podzieliła podglądów zamawiającego, że brak prawidłowego uzasadnienia czynności wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego, nie ma i nie może mieć wpływu na wynik postępowania w rozumieniu postanowienia art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, stanowiącego, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Odwołujący nie mógł sformułować w niniejszym odwołaniu - zarzutów kwestionujących prawidłowość wykluczenia z postępowania

- z przyczyn podanych w odpowiedzi na odwołanie.

Możliwość efektywnego korzystania ze środków ochrony prawnej, należy do podstawowych gwarantowanych praw wykonawcy, uczestniczącego w przetargu publicznym. Aby skutecznie korzystać z prawa do obrony oferty, wykonawca musi poznać pełne przyczyny wyeliminowania go z postępowania. W tym aspekcie Izba uznała, że przyznana przez zamawiającego okoliczność wadliwego uzasadnienia wykluczenia i odrzucenia oferty odwołującego, mogła mieć wpływ na wynik postępowania, pozbawiając odwołującego możliwości obrony oferty, która była najkorzystniejsza w ustalonym kryterium wyboru.

W konsekwencji biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - uwzględnione przez Izbę na gruncie badanej sprawy - należało podzielić stanowisko prezentowane przez odwołującego, że zamawiający w niniejszym postępowaniu uchybił przepisom art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2, art. 92 ust. 1 pkt 3, art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 3 Pzp. Stwierdzone uchybienia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Prawidłowe wykonanie przez zamawiającego obowiązku wyrażonego w art. 92 ust.1 pkt 3 Pzp, gwarantujące realizację zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, determinuje skorzystanie przez wykonawców z uprawnienia do wnoszenia środków ochrony prawnej. Wyłącznie wykonawca mający wyczerpujące informacje o przyczynach poszczególnych decyzji zamawiającego, może się do nich odnieść - decydując o ewentualnym wniesieniu środka ochrony prawnej, co przesądziło o uwzględnieniu odwołania z przyczyn formalnych - bez możliwości rozpatrzenia zarzutów merytorycznych - wobec oferty odwołującego, dotyczących braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w zakresie podstaw dysponowania osobami wskazanymi do realizacji zamówienia.

Ponadto rozprawa przed Krajową Izbą Odwoławczą, nie jest miejscem dla przedstawiania uzasadnienia - uprzednio podejmowanych czynności zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy. Izba bowiem weryfikuje działania zamawiającego, pod względem przestrzegania wzorca ustawowego, a nie zastępuje zamawiającego w jakichkolwiek czynnościach. Może poddawać ocenie czynności, w takim kształcie, jak zostały faktycznie przez zamawiającego dokonane i stanowiły podstawę do zaskarżenia, a nie w formie poddanej szerokiej interpretacji w odpowiedzi na odwołanie.

Bieg terminu na wniesienie wymienionego środka ochrony prawnej rozpoczyna się z chwilą otrzymania prawidłowo sporządzonej informacji o wyniku postępowania, o odrzuceniu oferty czy wykluczeniu wykonawcy.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, należało stwierdzić, że termin na

zaskarżenie merytoryczne czynności zamawiającego, jeżeli wykluczenie odwołującego zostanie podtrzymane, zacznie biec, gdy zamawiający w wyniku powtórzenia procedury badania i oceny ofert, z uwzględnieniem poprawnie zastosowanego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp - poinformuje odwołującego w sposób wymagany przez art. 92 ust. 1 ustawy Pzp o podjętej wobec jego oferty decyzji.

W tym stanie rzeczy, Izba uwzględniła odwołanie o czym orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć zamawiającego.

Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 13 790,88 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na rozprawę na podstawie § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....