

**WYROK**  
**z dnia 4 stycznia 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2011 roku przez wykonawcę Władysława Górskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane Władysław Górski z siedzibą w Raciborzu przy ulicy Rudzkiej 103, 47-400 Racibórz w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gliwice z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie.**

**Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia oferty Odwołującego, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.**

**Nakazuje wezwanie Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Gliwice z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice**

**2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 gr 00 (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Władysława Górskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod**

nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane Władysław Górski z siedzibą w Raciborzu przy ulicy Rudzkiej 103, 47-400 Racibórz tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego Miasto Gliwice z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice na rzecz wykonawcę Władysława Górskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane Władysław Górski z siedzibą w Raciborzu przy ulicy Rudzkiej 103, 47-400 Racibórz kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Gliwice z siedzibą w Gliwicach przy ulicy Zwycięstwa 21, 44-100 Gliwice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą *Termomodernizacja budynku przy ulicy Bojkowskiej 20A w Gliwicach* zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych z 28 września 2011 roku w pozycji 310762.

16 grudnia 2011 roku Zamawiający przekazał informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego wykonawcę Władysława Górskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Budowlane Władysław Górski z siedzibą w Raciborzu przy ulicy Rudzkiej 103, 47-400 Racibórz, że został wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) bowiem nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

21 grudnia 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu:

- zaniechanie zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy do wdrożenia której Zamawiający był zobowiązany,
- naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania chociaż nie zaistniały okoliczności w nim określone,
- naruszenie art. 24 ust. 4 ustawy przez bezpodstawne uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą pomimo, że Odwołujący nie podlegała wykluczeniu,
- zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnienia uznania za odrzuconą oferty Odwołującego oraz unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, w tym zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy,

- dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego,
- zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, ze względu na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. *Zarówno dołączony do oferty „Wykaz robót budowlanych” (str. 17 oferty), jak i uzupełniony „wykaz robót budowlanych” przez wykonawcę za pismem L. dz. 181/RD/S/2-011 z dnia 21.11.2011 r. nie potwierdza, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt. 8.1 SIWZ „Doświadczenie zawodowe”.* Uprzednio, Zamawiający pismem znak UM-477361/2011 z dnia 17.11.2011 roku wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących wykazu robót budowlanych zawartego w ofercie. Ze względu na fakt, iż w treści dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu wystąpił błąd, w efekcie czego również dane zawarte w wykazie były błędne i po ich sprostowaniu kwestionowana pozycja w wykazie nie potwierdzałaby spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż przedstawiona w tej pozycji robota budowlana nie mieściła się w co najmniej 5-letnim okresie poprzedzającym datę składania ofert, Odwołujący uważał za stosowne wskazać Zamawiającemu, iż jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu poprzez uzupełnienie oferty o nowy wykaz zawierający dodatkowe, inne zrealizowane zamówienia potwierdzające spełnianie warunku udziału w postępowaniu. W tym celu załączył, w odpowiedzi na pismo wzywające do złożenia wyjaśnień, do pisma wyjaśniającego Odwołujący dołączył nowy wykaz zrealizowanych robót budowlanych wraz z posiadanymi referencjami dotyczącymi wykazanych w nim robót.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający pismem z dnia 17.11.2011 roku jw. wezwał Odwołującego jedynie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy. Składając wyjaśnienia, dodatkowo, mimo iż Zamawiający tego nie wymagał, Odwołujący dołączył wykaz i dokumenty jw. Zamawiający tymczasem wskazał, że przedmiotowe pismo, skierowane do Zamawiającego w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień, należy uznać jako uzupełnienie dokumentu, które zwalnia go z obowiązku przeprowadzenia procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy a polegającej na obligatoryjnym wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli dokumenty złożone wraz z ofertą lub też przekazane Zamawiającemu przy składaniu wyjaśnień nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu. Ze względu na fakt, iż w jednym z dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału

w postępowaniu, który Odwołujący przekazał przy wzmiankowanym wyżej piśmie z wyjaśnieniami, zawarta była następująca treść: *Powierzone zadanie wykonawca wykonał z przekroczeniem terminu realizacyjnego, lecz dobrze pod względem technicznym, zgodnie ze sztuką budowlaną i wiedzą techniczną oraz z obowiązującymi normami, Zamawiający przyjął, że nie można uznać, że zamówienie zostało zrealizowane prawidłowo. Ze względu na powyższe Zamawiający dokonał wykluczenia Odwołującego z postępowania i poinformował, że złożenie dokumentu przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień należy uznać jako uzupełnienie dokumentów. Powyższe wyłącza dopuszczalność wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w tym przedmiocie. Mając na uwadze powyższe nie wzywano wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.* Odwołujący wywodzi, że na skutek tych wadliwych czynności i zaniechań Zamawiającego, utracił możliwość uzyskania zamówienia, co stanowi naruszenie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia, przez nieuzasadnione pozbawienie Odwołującego zamówienia, a tym samym utratę korzyści wynikających z jego realizacji.

Odwołujący z takim stanowiskiem Zamawiającego nie mógł się zgodzić, ponieważ: art. 26 ust. 3 ustawy wskazuje na bezwzględny obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ustawa nie wskazuje na możliwość jakichkolwiek innych okoliczności, zwalniających Zamawiającego z tego obowiązku, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Przekazanie przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień nie wymaganych na tym etapie przez Zamawiającego dokumentów nie może zwolnić Zamawiającego z zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący podniósł, że kwestionowaną przez Zamawiającego robotę budowlaną, której nieprawidłowe zrealizowanie ze względu na rzekome przekroczenie terminu realizacji zarzucił Zamawiający, Odwołujący zrealizował w terminie, a więc czyni ona zadość oczekiwaniom Zamawiającego. Odwołujący wyjaśnił, że pierwotnie Starostwo Powiatowe w Raciborzu naliczyło kary umowne za nieterminowe zrealizowanie przedmiotowego zamówienia, lecz w wyniku prawomocnego wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach, który zmienił pierwotny wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach Ośrodek Zamiejscowy w Rybniku Wydział II Cywilny Odwołujący został uwolniona od zarzutów Zamawiającego i wszelkie kary umowne z tytułu nieterminowej realizacji zostały anulowane. Oznacza to, że zarzut Zamawiającego - Miasta Gliwice jest bezpodstawny, gdyż w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, której to procedury Zamawiający bezprawnie zaniechał, gotowi jesteśmy do przedstawienia tychże dokumentów, które potwierdzają prawidłowość realizacji zamówienia pod każdym względem.

Odwołujący zaznacza, że złożone dokumenty w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień nie mogą być traktowane przez Zamawiającego tak jakby w wyniku ich skądinąd ponad wymaganego złożenia została wyczerpana procedura określona w art. 26 ust. 3 ustawy w wyniku czego Zamawiający nie jest zobowiązany do jej zastosowania.

3 stycznia 2011 roku na rozprawie Zamawiający złożył pismo *Odpowiedź Zamawiającego na odwołanie*. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego.

W ocenie Zamawiającego, wbrew twierdzeniu Odwołującego, obowiązek wezwania przez Zamawiającego nie mógł wyrażać się w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów już uzupełnionych w sytuacji, gdy nie potwierdzają one spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie byłoby bowiem sprzeczne z zasadami równego traktowania wykonawców i stawiałoby Odwołującego w korzystniejszej pozycji aniżeli innych wykonawców. Takie działanie prowadziłyby do sytuacji, w której wykonawcy już po terminie składania ofert dowolnie przedkładaliby dodatkowe dokumenty celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wypadek, gdyby wcześniej złożone budziły wątpliwości w tym zakresie, a które dodatkowo mogliby uzupełnić w brakującym zakresie na wezwanie Zamawiającego, co na gruncie art. 26 ust. 3 ustawy oczywiście nie może mieć miejsca. To na wykonawcy uzupełniającym dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy spoczywa obowiązek złożenia bezbłędnych dokumentów, które niezbitnie będą potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący więc znając treść składanego Listu referencyjnego winien uczynić tej powinności zadość składając dodatkowo dokumenty, z których wynikać będzie jednoznacznie, iż wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną roboty zostały prawidłowo ukończone. Takiego ustalenia nie sposób poczynić nie tylko z treści zakwestionowanego przez Zamawiającego Listu referencyjnego Starostwa Powiatowego w Raciborzu z dnia 19.08.2009 r., ale też z przedłożonych wraz z odwołaniem orzeczeń Sądu Okręgowego w Gliwicach oraz Sądu Apelacyjnego w Katowicach zasądzających od Powiatu Raciborskiego na rzecz Odwołującego określoną kwotę pieniężną. Brak było podstaw do wezwania przez Zamawiającego Odwołującego do uzupełnienia dokumentów obejmujących potwierdzenie spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, a wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu Odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24

ust. 2 pkt 4 ustawy, w związku z czym oferta Odwołującego uznana została za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy. Zamawiający prawidłowo zastosował zatem zarówno przepis art. 26 ust. 3 ustawy, jak i przepisy art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 21 grudnia 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co potwierdza dołączona do odwołania informacja potwierdzająca przesłanie odwołania.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu. Izba dopuściła dowód złożony przez Odwołującego – referencje wystawioną w dniu 2 stycznia 2012r., przez Starostwo Powiatowe w Raciborzu, w której to referencji wskazane zostało zgodnie z orzeczeniami sądów, że powierzone zadania zostały wykonane w terminie, dobrze pod względem technicznym, zgodnie ze sztuką budowlaną i wiedzą techniczną oraz obowiązującymi normami. Powyższe zostało przedstawione przez odwołującego w celu potwierdzenia, że wykonanie tej roboty nastąpiło prawidłowo, co zawarte było w orzeczeniach sądowych, a choć referencja jest wystawiona 2 stycznia 2012 roku potwierdza prawidłową realizację zamówienia w terminie przed składaniem ofert.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Zmawiającemu, iż w sposób nieuprawniony wykluczył Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niewykazania się spełnieniem warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.* Faktyczną podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania to brak wykazania spełnienia warunków udziału w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia tj. wykazania, że w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania oferty, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie wykonawca ubiegający się o zamówienie wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył realizację co najmniej dwóch zadań odpowiadających swoim rodzajem robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia czyli wykonał dwie roboty budowlane polegające na termomodernizacji budynków (w tym docieplenie przegród zewnętrznych, wymiana stolarki okiennej, instalacja CO i wentylacji mechanicznej) o wartości nie mniejszej niż 1 000 000,00 zł brutto każda.

Odwołujący w złożonej ofercie podał wykaz zrealizowanych zadań, jednakże co do jednego z wykazanych zadań tj.: „Adaptacja budynków warsztatu i anatomii patologicznej na oddział zakaźny” Zamawiający powziął wątpliwości i wezwał Odwołującego pismem z dnia 17 listopada 2011 roku do złożenia wyjaśnień powołując się na art. 26 ust. 4 ustawy - *Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.* Za pismem z dnia 21 listopada 2011 roku Odwołujący złożył zgodnie z wezwaniem Zamawiającego wyjaśnienia. Jednocześnie Odwołujący w złożonym piśmie poinformował Zamawiającego, że *ze względu na wątpliwości odnośnie w/w pozycji dotyczącej doświadczenia przedstawiamy w formie uzupełnienia dodatkową wersję wykazu (...).*



Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia Odwołującego i uznał, że daty realizacji zostały podane błędnie co w efekcie prowadziło do niewykazania spełnienia określonego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym Zamawiający przeszedł do badania dokumentów złożonych przez Odwołującego wraz z wyjaśnieniami. W wyniku badania dokumentów uzupełnionych przez Odwołującego bez wezwania Zamawiającego, Zamawiający uznał, że Odwołujący nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu i wykluczył go z postępowania o udzielnie zamówienia. Kolejność czynności została opisana przez Zamawiającego w piśmie z dnia 16 grudnia 2011 roku stanowiącego *zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty*.

W istocie swej problem sprowadza się do wyjaśnienia czy Zamawiający miał prawo wykluczyć wykonawcę z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu uwzględnwszy fakt, że wykonawca sam uzupełnił dokumenty w postępowaniu bez uprzedniego wezwania Zamawiającego a Zamawiający dokonał ich oceny i uznał, że nie potwierdzają one spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy – *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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. Z treści tego artykułu wynika bezwzględny obligatoryjny obowiązek Zamawiającego, który nakłada na niego ustawodawca i Zamawiający nie zostaje zwolniony z tego obowiązku nawet w przypadku, gdy wykonawcy w okresie pomiędzy składaniem ofert a wyborem najkorzystniejszej oferty samodzielnie przesyłają Zamawiającemu dokumenty lub oświadczenia. Ustawodawca wskazał bowiem enumeratywnie sytuacje, w których Zamawiający może pominąć wezwanie wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów a dotyczą one jedynie okoliczności, gdy konieczne byłoby unieważnienie postępowania lub oferta wykonawcy, mimo złożenia oświadczeń lub dokumentów, podlegałyby odrzuceniu.*

Istotny jest również fakt, że nie ma regulacji dotyczącej obowiązku badania przez Zamawiającego wszystkich wpływających do niego dokumentów. Niemniej uwzględniając w tym miejscu rzetelność w prowadzeniu postępowania, można uznać, iż Zamawiający zobowiązany jest do podjęcia działań mających na celu wyjaśnienie, jednakże nie może mieć to – w przypadku, gdy Zamawiający nie dokona czynności zgodnie z ustawą - daleko idących skutków ustawowych dla wykonawcy.

Zamawiający w badanej sprawie wezwał Odwołującego jedynie do złożenia wyjaśnień, zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy. W żadnym miejscu wezwania nie wskazywał na konieczność uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust.3 ustawy. Zakreśla się w tym miejscu kolejny istotny fakt a mianowicie rozdzielenie przez ustawodawcę procedury wyjaśnienia treści ofert oraz procedury uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Zamawiający dysponuje zatem dwoma odrębnymi narzędziami umożliwiającymi mu odpowiednio albo wyjaśnienia albo uzupełnienia; nie jest właściwy zatem zastosowanie jednego z tych narzędzie przez Zamawiającego a wykonywanie czynności, których efektem jest realizacja przesłanek drugiego z narzędzi. Zamawiający może wykluczyć wykonawcę z postępowania z powodu niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający ma taki obowiązek, jednakże uprzednio musi zastosować procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że nadużyciem jest kilkukrotne wzywianie do złożenia danego oświadczenia lub dokumentu, jednakże na Zamawiającym ciąży obowiązek wezwania jednokrotnie i obowiązku tego nie uchyła samodzielne złożenie przez wykonawcę jakiś dokumentów. To Zamawiający w wezwaniu do złożenia oświadczeń lub dokumentów mających potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu określa i podaje czego mają dotyczyć dokumenty, w jakim terminie mają być uzupełnione. O dochowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców decyduje w szczególności zgodnie z ustawą postępowanie Zamawiającego, który jest „gospodarzem” postępowania o udzielnie zamówienia publicznego. Tym samym niedopuszczalna jest taka interpretacja przez Zamawiającego przepisów, która zwalnia tego Zamawiającego z realizacji bezwzględnego obowiązku.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których

wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne, należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. Odwołujący uzasadnił w sposób przekonujący swoje stanowisko, wykazał bowiem, że Zamawiający nie wezwał go do złożenia dokumentów zgodnie z procedurą określoną w art. 26 ust. 3 ustawy, czym Zamawiający uchybił regulacjom ustawowym. Izba uznała, że dowód złożony przez Odwołującego nie ma znaczenia dla sprawy w kontekście rozpoznania zaniechania przeprowadzenia procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający potwierdził fakt wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie złożonego wykazu robót budowlanych, uwzględnienia złożonych wyjaśnień a następnie dokonania oceny dokumentów złożonych wraz z tymi wyjaśnieniami i potraktowanie ich jako tych, które zostały złożone przez Odwołującego celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie wykazał podstaw jakie zwalniały go z realizacji bezwzględnego obligatoryjnego przeprowadzenia ustawowo określonej procedury uzupełnienia dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Szczególna regulacja postępowań

o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania i zapewni jednocześnie poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Izba uznała, że potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 ustawy przez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty przy zaniechaniu procedury wezwania do uzupełnienia dokumentów w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu zgodnie art. 26 ust. 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....

