

**WYROK**  
**z dnia 30 listopada 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Ernest Klauziński**

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 listopada 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 listopada 2017 r. przez Odwołującego: T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K., w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Katowicką Infrastrukturę Wodociągowo-Kanalizacyjnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.,

przy udziale:

1. wykonawcy P. P. -U. E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego: T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000,00 zł (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego: T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Odwołującego: T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. na rzecz Zamawiającego: Katowickiej Infrastruktury Wodociągowo-Kanalizacyjnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 4 883,65 zł (słownie: cztery tysiące osiemset osiemdziesiąt trzy złote i sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztu dojazdu pełnomocnika oraz opłaty skarbowej.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

**Przewodniczący:.....**

### **Uzasadnienie**

Katowicka Infrastruktura Wodociągowo-Kanalizacyjna Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na modernizację kanalizacji ogólnospławnej w dzielnicy M., znak sprawy KIWK/PN/07//20147/POIŚ/WNIOSEK IV/ZAD.17 MURCKI, zwane dalej: „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 lipca 2017 r. pod nr 2017/S 136-279662.

W dniu 20 listopada 2017 r. wykonawca T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. (dalej „Odwołujący”), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył:

1. Uznanie, że wykonawca E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (zwany dalej Przystępującym) wniósł wadium w sposób prawidłowy;
2. Uznanie, że Przystępujący wstępnie potwierdził, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu;
3. Zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego;
4. Zaniechanie wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu;
5. W konsekwencji bezpodstawne przyznanie najwyższej punktacji ofercie Przystępującego;
6. Wezwanie Przystępującego do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 Ustawy Prawo zamówień publicznych (zwaną dalej Pzp);
7. Wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 Pzp,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 oraz z art. 25a ust. 1 pkt 1 i ust. 2 Pzp,

3. art. 26 ust. 1 Pzp,
4. art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 1, z art. 84 ust. 1 i z art. 87 ust. 1 Pzp,
5. art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp,
6. art. 91 ust. 1 Pzp,

w sposób mający istotny wpływ na wynik postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
2. Odrzucenia oferty Przystępującego,
3. Wykluczenia Przystępującego z postępowania,
4. Powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 8 listopada 2017 r. Odwołujący został zawiadomiony o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta Przystępującego. W ocenie Odwołującego czynność wyboru najkorzystniejszej oferty była czynnością bezpodstawną, naruszającą interes Odwołującego, stąd wystąpiła konieczność wniesienia niniejszego odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego, mimo, że ten załączył do swojej oferty wadliwą ubezpieczeniową gwarancję wadialną. W gwarancji złożonej przez Przystępującego brak jest postanowienia o właściwości miejscowej sądu, wymaganej postanowieniem opisanym w Rozdziale XII pkt 2 ppkt 2 lit. i) SIWZ. Zamawiający żądał, by gwarancja wadialna zawierała następującą klauzulę: „Wszelkie spory dotyczące gwarancji/poręczenia podlegają rozstrzygnięciu zgodnie z prawem Rzeczypospolitej Polskiej i podlegają kompetencji sądu właściwego dla siedziby Zamawiającego”. Odwołujący wskazał, że Zamawiający stawiając powyższy wymóg powinien go od wykonawców egzekwować. Zasadą jest, że powództwo przeciwko osobie prawnej lub innemu podmiotowi niebędącemu osobą fizyczną wytacza się według miejsca ich siedziby (art. 30 kpc). W sprawie sądowej z gwarancji wadialnej jedynym wytaczającym powództwo może być Zamawiający, a jedynym pozwanym może być gwarant. Zatem w przypadku, gdyby doszło do sporu na tle gwarancji wadialnej Przystępującego ewentualny proces odbywałby się przed sądem właściwym dla gwaranta, a nie dla Zamawiającego. W ocenie Odwołującego dowodzi to faktu, że Przystępujący wniósł wadium w sposób nieprawidłowy, a okoliczność ta powinna stanowić dla Zamawiającego

podstawę do odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp. Co za tym idzie zaniechanie odrzucenia ww. oferty stanowi naruszenie tego przepisu i przesądza w ocenie Odwołującego o słuszności zarzutu odwołania.

Odwołujący podkreślił, że powyższe zaniechanie stanowi również naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Gwarant Odwołującego miał poważne obiekcje, aby wpisać do gwarancji wadialnej inną niż wynikającą z Kodeksu postępowania cywilnego właściwość miejscową sądu. Tylko, będące efektem z wieloletniej współpracy, dobre relacje z gwarantem pozwoliły pokonać tę przeszkodę. Nie da się jednak wykluczyć, że wykonawcy nie mogący sprostać postawionemu przez Zamawiającego żądaniu w jego skutek odstąpili od złożenia oferty.

Dlatego zdaniem Odwołującego Zamawiający uznając, że Przystępujący wniósł wadium w sposób prawidłowy, naruszył art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający powinien wykluczyć Przystępującego z postępowania, bowiem nie potwierdził on wstępnie, że nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Załączony do oferty jednolity dokument JEDZ był zdaniem Odwołującego wadliwy. Zamawiający pismem z dnia 18 września 2017 r. wezwał Przystępującego do uzupełnienia dokumentu JEDZ w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający w wezwaniu wskazał błędy występujące w załączonym do oferty JEDZ:

1. brak danych o sobie, która podpisała JEDZ i ofertę, reprezentującej wykonawcę w tym postępowaniu,
2. wskazanie jako zwykłych podwykonawców podmiotów, na których zasobach Przystępujący polega,
3. błędne zaznaczenie w JEDZ, że Przystępujący będzie korzystał z podwykonawców, na zasobach których nie polega, mimo, że w ofercie nie wskazał zakresu robót jakie zamierza powierzyć podwykonawcom ponad te, które powierzy podmiotom, na których zasobach polega.

Pomimo uzupełnienia w dniu 20 września 2017 r. przedmiotowy JEDZ zdaniem Odwołującego nadal był błędny. Podpisał go Prezes Zarządu Przystępującego, a zatem osoba niewskazana w uzupełnionym JEDZ jako umocowana do reprezentacji Przystępującego w postępowaniu. Ponadto uzupełniony JEDZ nie został poprawiony w zakresie wskazanym w punkcie drugim wezwania. Do tego oświadczenie zawarte

w uzupełnionym JEDZ było aktualne na dzień 19 września 2017 r., a powinno być aktualne na dzień składania ofert, tj. na dzień 25 sierpnia 2017 r. Jak twierdzi Odwołujący, z treści uzupełnionego JEDZ nie wynika aktualność oświadczenia na dzień składania ofert. Zatem, w jego ocenie przyjąć trzeba, że oświadczenie jest aktualne na dzień określony datą sporządzenia dokumentu, tj. 25 dni po terminie składania ofert, co jest niezgodne z art. 25a ust. 1 pkt 1 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższą argumentację, Odwołujący wskazał, że zaniechanie wykluczenia Przystępującego dowodzi naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp art. 82 ust. 1, z art. 84 ust. 1 i z art. 87 ust. 1 Pzp Odwołujący wskazał, że w przedmiotowym postępowaniu jednym z kryteriów oceny ofert było doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania. Przystępujący do formularza ofertowego wpisał osobę p. J. W. S. jako kierownika budowy, za co spodziewał się uzyskać 10 punktów, zgodnie z postanowieniem Rozdziału XVIII pkt 2 ppkt IV SIWZ. Zamawiający żądał, by wykonawcy w formularzu ofertowym przedstawili następujące informacje o wskazanych do punktacji osobach:

1. pełniona funkcja,
2. okres pełnienia funkcji,
3. nazwa oraz przedmiot zadania/inwestycji,
4. wykonana długość kanalizacji sanitarnej lub deszczowej lub ogólnospławnej w okresie pełnienia funkcji, jednak nie wcześniej niż 5 lat przed upływem terminu składania ofert.

Przystępujący w zakresie ww. danych, wskazał 5 robót wykonanych dla 4 inwestorów, przy których wykonywaniu p. S. pełnił funkcję kierownika budowy. Odwołujący pismem z dnia 6 października 2017 r. powiadomił Zamawiającego, że wpisane do formularza ofertowego Przystępującego doświadczenie p. S. nie pokrywa się z rzeczywistością. W reakcji na to powiadomienie, Zamawiający pisemnie wystąpił do wskazanych w formularzu Przystępującego inwestorów z zapytaniem o przebieg inwestycji i rolę p. S. przy ich realizacji. Zamawiający uzyskał pisemne wyjaśnienia od inwestorów. Zamawiający pismem z dnia 30 października 2017 r. wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, wskazując Przystępującemu precyzyjne dane, które uzyskał od ww. inwestorów, w zakresie każdej wpisanej do

formularza ofertowego inwestycji. Zamawiający zażądał od Przystępującego złożenia wyjaśnień w zakresie stwierdzonych rozbieżności. Pismem z dnia 2 listopada 2017 r. Przystępujący złożył Zamawiającemu poprawiony i uzupełniony w zakresie dot. p. S. formularz oferty. W ocenie Odwołującego doszło w tej sytuacji do złożenia Zamawiającemu drugiej oferty. W piśmie przewodnim Przystępujący wskazał, że korekty oferty dokonał zgodnie z informacjami uzyskanymi przez Zamawiającego od inwestorów, a rozbieżności w stosunku do pierwotnej treści oferty wynikały wyłącznie z pomyłek przy redagowaniu oferty. W ocenie Odwołującego Przystępujący tym samym potwierdził, że jego oferta posiadała pierwotną treść, a po złożeniu skorygowanego formularza uzyskała treść inną.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający precyzyjnie wskazał w postanowieniu Rozdziału XVIII pkt 2 ppkt IV SIWZ i w pkt 4c formularza ofertowego jakich informacji oczekuje od wykonawców. Informacje te, biorąc pod uwagę ich znaczenie dla oceny oferty, winny być prawdziwe i rzetelne. Zdaniem Odwołującego, żaden przepis Pzp nie upoważniał Przystępującego do poprawienia oferty i do dokonania w niej zmian. Nawet przy założeniu, że podanie nieprawdziwych informacji w ofercie było kwestią omyłki popełnionej przez Przystępującego, zmiana treści oferty przez wykonawcę po upływie terminu składania ofert jest sprzeczna z art. 84 ust. 1 Pzp. Odwołujący podniósł, że nie jest możliwe także poprawienie treści oferty w powyżej opisanym zakresie także przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Treść oferty wpisana w celu uzyskania dodatkowych punktów nie była zdaniem Odwołującego treścią obligatoryjną, nakazaną postanowieniami SIWZ, zatem nie można mówić o ewentualnej niezgodności oferty z SIWZ w tym zakresie. Niewpisanie do formularza ofertowego jakichkolwiek danych związanych z kierownikiem budowy nie stanowiłoby o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Podobnie jak i wpisanie do formularza ofertowego informacji prawdziwych, ale nie potwierdzających wymogów koniecznych dla uzyskania punktów. W takich przypadkach jedyną konsekwencją dla Przystępującego mogłoby być nieprzyznanie ofercie dodatkowych punktów.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp nie może poprawić w ofercie omyłek związanych z nieobowiązkowymi kryteriami, za które wykonawca otrzymać ma dodatkowe punkty. Jednak niedopuszczalne jest pozostawienie w ofercie nieprawdziwych, nierzetelnych danych i przyznanie na ich podstawie dodatkowych punktów ofercie wykonawcy. Odwołujący podniósł ponadto, że wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień przez Przystępującego zawierało informacje sugerujące oczekiwaną treść wyjaśnień.

Biorąc pod uwagę całą powyższą argumentację zawartą w odwołaniu Odwołujący stwierdził, że Zamawiający bezpodstawnie dokonał wyboru oferty wykonawcy Przystępującego jako najkorzystniejszej, czym oprócz przepisów wskazanych wyżej, naruszył także art. 91 ust. 1 Pzp.

W pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 30 listopada 2017 roku Zamawiający nie zgodził się ze stanowiskiem Odwołującego i zakwestionował słuszność przedstawionej przez niego argumentacji. Wskazał, że procedura wyboru najkorzystniejszej oferty, jak również poprzedzające ją czynności, były w pełni zgodne z prawem i niezbędne dla prawidłowego rozstrzygnięcia postępowania. Z tego względu Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania jako całkowicie bezzasadnego.

W toku rozprawy Odwołujący i Zamawiający podtrzymali swoje stanowiska.

**Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba ustaliła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „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”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp Izba uwzględniła w całości stanowisko Zamawiającego. W ocenie Izby niewątpliwym jest, że załączona do oferty Przystępującego gwarancja ubezpieczeniowa z dnia 24 sierpnia 2017 r. w pełni zapewniała ochronę interesów Zamawiającego na wypadek niedopełnienia przez wykonawcę obowiązków związanych z udziałem w postępowaniu. Wadium spełniało przesłanki ustawowe, wobec czego nie może być mowy o wadliwości jego wniesienia. Wadliwość miałaby miejsce wówczas, gdyby Zamawiający nie był w stanie skutecznie żądać wypłaty określonej w gwarancji wadialnej kwoty. w sytuacji wystąpienia co najmniej jednej z określonych w art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp



przesłanek, tj.:

1. wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 i 3a Pzp, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, pełnomocnictw lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.
2. wykonawca, którego oferta została wybrana:
  - a. odmówił podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w ofercie;
  - b. nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy;
  - c. zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego stało się niemożliwe z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Biorąc pod uwagę treść gwarancji załączonej do oferty przez Przystępującego, o sytuacji takiej nie może być mowy. Zamawiający miał pełną możliwość zaspokojenia swoich ewentualnych roszczeń z tytułu możliwości wystąpienia wyżej wskazanych przesłanek, co przesądza o skuteczności wniesienia wadium. Izba zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że gwarancja nie spełnia dodatkowego wymogu wynikającego z SIWZ, tj. nie zawiera klauzuli o rozstrzygnięciu wszelkich sporów dotyczących gwarancji przez sąd właściwy miejscowo dla siedziby Zamawiającego. Klauzula taka nie ma jednak wpływu na skuteczność zabezpieczenia ewentualnych roszczeń Zamawiającego. Gwarancja ubezpieczeniowa wniesiona przez Przystępującego w pełni pozwalała na bezwarunkową wypłatę kwoty wadium na żądanie Zamawiającego czyli cel wniesienia gwarancji był spełniony.

Izba zwraca jednak uwagę, że skoro Zamawiający postawił wymóg dotyczący właściwości miejscowej sądu w gwarancjach wadialnych to powinien go w odpowiedni sposób egzekwować. W tym zakresie działanie Zamawiającego nie było prawidłowe. Ze względu na fakt, że gwarancja załączona do oferty Przystępującego w pełni odpowiadała celowi żądania wniesienia wadium w postępowaniu, a siedziba gwaranta znajduje się na terytorium Rzeczypospolitej Polski to w ocenie Izby zaniechanie żądania wniesienia poprawionej gwarancji wadialnej nie miało żadnego wpływu na przestrzeganie zasad uczciwej konkurencji. W ocenie Izby nie doszło tym samym do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba zwraca uwagę, że w przypadku uwzględnienia żądań Odwołującego, doszłoby do sytuacji, gdy zdarzenie hipotetyczne, jakim jest możliwość wystąpienia sporu sądowego między Zamawiającym a gwarantem, a zatem zdarzenie o charakterze przyszłym

i niepewnym, stanowiłoby o pozbawieniu wykonawcy możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Odwołanie zawiera zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego. Przepis ten ma zastosowanie do sytuacji, gdy wbrew żądaniu Zamawiającego oferta złożona w postępowaniu nie jest zabezpieczona wadium bądź zabezpieczenie nie jest skuteczne. Brak skuteczności rozumieć należy jako brak możliwości bezwarunkowego wyegzekwowania kwoty wadium w przypadku wypełnienia ustawowych przesłanek z art. 46 ust. 4a i ust. 5 Pzp. Taka sytuacja w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego nie wystąpiła, co prowadzi do konkluzji, że zarzut odwołania jest nietrafny, a zatem nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w zakresie związanym z kwestią uzupełnienia JEDZ przez Przystępującego.

Izba uznała za prawidłowe stanowisko Zamawiającego, że podpisanie uzupełnionego dokumentu JEDZ przez Prezesa Zarządu Przystępującego, tj. P. B. Ł., wskazuje, że to on reprezentuje Przystępującego w postępowaniu. Uprawnienie do reprezentowania Przystępującego, tj. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, wynika z art. 204 i następnych Kodeksu spółek handlowych. Z danych ujawnionych w KRS Przystępującego wynika, że do reprezentowania go i składania oświadczeń o charakterze majątkowym i niemajątkowym w jego imieniu upoważniony jest jednoosobowo Prezes Zarządu, a pozostali członkowie zarządu łącznie lub jeden członek zarządu łącznie z prokurentem. Wobec powyższego w ocenie Izby nie ma żadnych wątpliwości, co do prawidłowego umocowania Prezesa Zarządu do reprezentacji Przystępującego w postępowaniu.

W uzupełnionym przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego JEDZ jako uprawniona do reprezentowania Przystępującego w postępowaniu została wskazana Pani E. G.. To ona podpisała złożoną w przedmiotowym postępowaniu ofertę i pierwotny dokument JEDZ. Przystępujący uzupełnił zatem JEDZ w sposób prawidłowy, w pełni wykazując, że osoby reprezentującego go w postępowaniu były uprawnione do takiej reprezentacji.

Wobec powyższego Izba uznała, że zarzuty Odwołującego w ww. zakresie są chybione.

Izba nie dopatrzyła się również nieprawidłowości związanych z datą sporządzenia poprawionego JEDZ. Data ta była pochodną momentu wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu. Dostarczony na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp JEDZ nosi datę 19 września 2017 roku. Biorąc pod uwagę charakter zarzutów związanych z datą

podpisania poprawionego dokumentu JEDZ, przyjmując tok rozumowania Odwołującego, Zamawiający w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia złożonego razem z ofertą dokumentu powinien żądać, by ten złożony w odpowiedzi na wezwanie był podpisany w dacie złożenia oferty, a nie uzupełnienia braków. W praktyce oznaczałoby to antydatowanie dokumentu. Taki rodzaj rozumowania w świetle przepisów prawa jest nieakceptowalny. Poprawiony na wezwanie Zamawiającego JEDZ musi potwierdzać, że wykonawca na dzień składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu i nie podlegał wykluczeniu z niego. Logiczne zatem jest, że skoro w toku oceny ofert Zamawiający uprawniony jest do wezwania wykonawców do złożenia poprawionych bądź uzupełnionych dokumentów, to mogą oni, w określonych wypadkach, w odpowiedzi na wezwanie przedstawić dokumenty sporządzone po upływie terminu składania ofert. Istotne – i kluczowe dla uznania uzupełnienia za prawidłowe – jest to, by poprawione dokumenty odzwierciedlały stan aktualny na dzień składania ofert. W ocenie Izby w przypadku uzupełnienia JEDZ powyższe wymogi zostały spełnione. Przystępujący w sposób zgodny z Pzp uzupełnił JEDZ tym samym potwierdzając spełnianie warunków udziału w postępowaniu i nie podleganie wykluczeniu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 1, z art. 84 ust. 1 i z art. 87 ust. 1 Pzp podstawowym powodem, dla którego odwołanie w tej części zostało oddalone jest fakt, że w ocenie Izby Odwołujący dokonał błędnej kwalifikacji prawnej kwestionowanych czynności Zamawiającego. Jest to stwierdzenie przesądzające o negatywnym dla Odwołującego rozstrzygnięciu, niezależnie od faktu czy dokonane przez Przystępującego czynności związane z wyjaśnieniem jego oferty i idąca za nimi poprawa dokumentacji ofertowej w części dotyczącej informacji nt. doświadczenia kierownika budowy, p. S. była prawidłowa czy nie.

Ustawa Pzp w pełni dopuszcza, po spełnieniu odpowiednich przesłanek zarówno wyjaśnienie treści złożonych ofert, jak ich uzupełnianie i poprawianie. Czynności tego rodzaju nie stanowią jednak złożenia drugiej oferty, po upływie terminu ich składania. W ocenie Izby Odwołujący dokonał nieprawidłowej wykładni przepisu art. 82 ust. 1 Pzp nie uwzględniając podstawowej w tym przypadku definicji, a mianowicie definicji oferty. Zgodnie z art. 66 § 1 KC w związku z art. 14 Pzp ofertą jest zobowiązanie wykonawcy do spełnienia na rzecz zamawiającego oznaczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia świadczenia za oferowaną cenę. Nawet przyjmując założenie, że dokonane przez Przystępującego sprostowanie oferty w punkcie 4c. „Doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania – Doświadczenie kierownika budowy: J. W. S.” stanowiłoby naruszenie prawa, to Izba i tak nie miałaby podstaw uznać, że

Przystępujący złożył drugą ofertę w postępowaniu, czyli drugie, odrębne od poprzednio złożonego, oświadczenie woli. Nie ma też w tym przypadku mowy o zmianie treści oferty bądź jej wycofaniu po upływie terminu składania ofert, a zatem o naruszeniu art. 84 ust. 1 Pzp. Oceniając dokonane przez Zamawiającego i Przystępującego czynności związane z wezwaniem do złożenia wyjaśnień Izba stwierdza, że wprowadzone przez Przystępującego zmiany miały charakter techniczny i uściślały, a nie zmieniały podane wcześniej informacje – były to wciąż te same informacje na temat doświadczenia p. S. tylko doprecyzowane. W żadnym wypadku nie były to informacje nowe, inne, sprzeczne z wcześniejszymi.

Izba podkreśla również, że samo wezwanie Przystępującego do złożenia wyjaśnień i idące za nim wyjaśnienia nie mogą zostać uznane za negocjacje złożonej oferty, są to działania wynikające z dyspozycji odpowiednich przepisów Ustawy. Zamawiający był uprawniony do wezwania Przystępującego na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnień treści złożonej oferty, a Izba nie dopatrzyła się w tej czynności żadnych znamion wskazujących na działanie w celu dokonania zabronionych tym przepisem negocjacji. Dlatego Izba uznała, że czynności Zamawiającego jak i Przystępującego w pełni mieściły się w ramach prawa i były uzasadnione okolicznościami faktycznymi. Izba uwzględniła w tej kwestii stanowisko Zamawiającego, że wprowadzone w wyniku procedury wyjaśnień treści oferty zmiany polegające na sprostowaniu informacji dotyczących doświadczenia zawodowego p. S. nie miały wpływu na wynik punktacji uzyskanej przez Przystępującego w kryterium „Doświadczenie personelu wykonawcy wyznaczonego do realizacji zadania”.

Izba zwraca ponadto uwagę, że w przypadku wszystkich zawartych w odwołaniu zarzutów ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym. Odwołujący jednak ani w odwołaniu, ani w toku rozprawy nie przedstawił żadnych dowodów potwierdzających podniesione zarzuty, ani też przeczących twierdzeniom Zamawiającego i Przystępującego. W żaden sposób nie udowodnił, ani nawet nie uprawdopodobnił, że zarzucane Zamawiającemu naruszenia rzeczywiście miały miejsce.

Biorąc pod uwagę powyższe zarzuty naruszenia zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego jako niezgodnej z Pzp w przytoczonym przez Odwołującego kształcie – tj. naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w związku z art. 82 ust. 1, z art. 84 ust. 1 i z art. 87 ust. 1 Pzp nie mogą zostać uwzględnione.

W zakresie pozostałych zarzutów, tj. naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 22 oraz art. 25a ust. 1 pkt 1 Pzp Izba stwierdziła, że również w tym przypadku Odwołujący nie udowodnił swojego stanowiska. Wyrażone w toku rozprawy

twierdzenia Odwołującego na temat uprzywilejowania Przystępującego przez Zamawiającego nie zostały poparte żadnymi wiarygodnymi argumentami.

W ocenie Izby Przystępujący spełniał warunki udziału w postępowaniu i co za tym idzie nie podlegał wykluczeniu z tego postępowania. Nie stwierdzono też, by oferta Przystępującego z postępowania powinna zostać odrzucona. Odwołujący podnosząc zarzuty naruszenia przywołanych przepisów powinien wykazać, że Przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp. O ile odwołujący zakwestionował sposób w jaki Zamawiający przeprowadził procedurę wyjaśnienia treści oferty Przystępującego i jej uzupełnienia, o tyle nie wykazał co stanowi o niespełnianiu przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający zawarł w części VII SIWZ opis warunków udziału w postępowaniu, stanowiąc, że wykonawcy w zakresie zdolności technicznej muszą wykazać się wykonaniem robót o odpowiednim zakresie, muszą dysponować kierownikiem zespołu projektowego, projektantem, kierownikiem budowy i kierownikiem robót o określonych kwalifikacjach. Odwołujący nie wykazał, że Przystępujący powyższych warunków nie spełnił, zatem odwołanie w tym zakresie nie mogło być uwzględnione. Ponadto, w ocenie Izby, Zamawiający w prawidłowy sposób zweryfikował spełnienia warunków udziału przez Przystępującego.

Wobec powyższego Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie i na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 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 wraz ze zm.).

**Przewodniczący:.....**