

**Sygn. akt KIO/UZP 554/10**

**WYROK**

**z dnia 15 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

**Członkowie: Sylwester Kuchnio  
Izabela Kuciak**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, M. Pasek Sp. J. oraz PREH Sp. z o.o., ul. Małobądzka 101, 42-500 Będzin** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Starostwo Powiatowe, ul. Sienkiewicza 34, 42-400 Zawiercie** protestu z dnia 5 marca 2010 r.

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, M. Pasek Sp. J. oraz PREH Sp. z o.o., ul. Małobądzka 101, 42-500 Będzin** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **2 222 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, M. Pasek Sp. J. oraz PREH Sp. z o.o., ul. Małobądzka 101, 42-500 Będzin,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, M. Pasek Sp. J. oraz PREH Sp. z o.o., ul. Małobądzka 101, 42-500 Będzin** na rzecz **Starostwa Powiatowego w Zawierciu, ul. Sienkiewicza 34, 42-400 Zawiercie,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty xxx zł xxx gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty **17 778 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe, M. Pasek Sp. J. oraz PREH Sp. z o.o., ul. Małobądzka 101, 42-500 Będzin.**

## **U z a s a d n i e n i e**

Zamawiający – Starostwo Powiatowe w Zawierciu, ul. Sienkiewicza 34, 42-400 Zawiercie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Likwidację zagrożeń środowiskowych spowodowanych zaleganiem odpadów zawierających azbest na terenie gminy Ogrodzieniec*”, w trybie przetargu ograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 249-358250.

Dnia 26 lutego 2010 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach oceny złożonych wniosków wskazując, iż wykluczył z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe M. Pasek Sp. J., ul. Małobądzka 101; 42-500 Będzin oraz PREH Sp. z o.o., ul. Grzegórzecka 69; 31-599 Kraków (zwane dale konsorcjum P.W. Pasek), z uwagi na fakt, iż konsorcjum P.W. Pasek nie spełniło warunku udziału w postępowaniu określonego w ogłoszeniu o zamówieniu, tj. wymogu określonego w sekcji III.2.2 lit. b.

Dnia 5 marca 2010 roku konsorcjum P.W. Pasek wniosło do Zamawiającego protest, wobec czynności:

1. Wykluczenia z postępowania Wykonawcy.
2. Uznania za niezgodną z treścią punktu III.2.2. lit. b) ogłoszenia o zamówieniu przez Zamawiającego opinię z banku Wykonawcy z dnia 17 grudnia 2009 roku.
3. Uznania za niezgodne z treścią punktu m.2.2. lit. b) ogłoszenia o zamówieniu i wezwania do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnień złożonego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu z dnia 10.02.2010 przez Zamawiającego wyjaśnienia z banku Wykonawcy z dnia 11 lutego 2010 roku.

W ocenie Protestującego, Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych:

1. Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp., przez nierówne traktowanie Wykonawców biorących udział w postępowaniu;

2. Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp., przez uznanie przez Zamawiającego, iż wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu Wykonawcy nie zawiera dokumentów żądanych przez Zamawiającego, dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy przedstawione dokumenty i złożone do nich dodatkowe wyjaśnienia, w pełni potwierdzają spełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu;
3. Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp., przez brak ewentualnego zwrócenia się przez Zamawiającego do Wykonawcy o udzielenie dodatkowych wyjaśnień lub uzyskanie potwierdzenia ze strony Banku daty posiadania zdolności kredytowej określonej w treści pisma z dnia 11.02.2010r., w sytuacji, w której Zamawiający powziął wątpliwości, co do daty istnienia zdolności, w następstwie czego uznał w sposób sprzeczny z treścią pisma Banku, iż wiążącą datą jest dzień sporządzenia przedmiotowego pisma

W związku z powyższym, Protestujący żądał:

1. Unieważnienia czynności wykluczenia Protestującego.
2. Dokonania ponownej oceny wniosku Protestującego, w tym:
  - a) Uznania opinii bankowej z dnia 17 grudnia 2009 r. za spełniającą wymogi stawiane w treści punktu III.2.2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu.
  - b) Uznania wyjaśnienia z dnia 11 lutego 2010 r. za spełniające wymogi stawiane w treści punktu III.2.2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu oraz jako zgodnego z wezwaniem do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnień złożonego wniosku z dnia 10 lutego 2010 r.
  - c) Uznania, że Protestujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu i dopuszczenia go do dalszego udziału w postępowaniu, tj. zaproszenia do złożenia oferty.

Interes prawny Protestującego.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów interes prawny Wykonawcy doznał uszczerbku, albowiem naruszenie prawa przez Zamawiającego spowodowało, że Wykonawca w sposób nieuprawniony nie został zaproszony do złożenia oferty.

Uzasadniając wskazał, iż Protestujący spełnił wymagania stawiane w treści punktu III.2.2. lit. b) ogłoszenia o zamówieniu, przedstawił dodatkowe wyjaśnienie do opinii Banku, z dnia

17.12.2009, potwierdzające również zdolność kredytową Wykonawcy na wymaganym poziomie nie mniejszym niż 500.000,00 zł.

Zamawiający dnia 18 marca 2010 roku protest rozstrzygnął, przez jego oddalenie.

Uzasadniając swoją decyzję argumentował, iż opinia bankowa z dnia 17 grudnia 2009 r. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III.2.2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu uznać należy, iż jest on bezzasadny i zasługujący na oddalenie. Jak wynika z treści dołączonej do wniosku opinii bankowej, średniomiesięczne wpływy na rachunek Protestującego prowadzony przez ING Bank Śląski S.A. zamykają się kwotami ośmiocyfrowymi. Zauważyć w tym miejscu należy, iż termin „wpływ” jest zupełnie inną kategorią ekonomiczną niż „środki obrotowe”. W ocenie Zamawiającego „wpływy na rachunek bankowy” oznaczają ilość środków pieniężnych, jaka została przelana, wpłacona czy zdeponowana na rachunku bankowym. („Wpływ” to m.in., według internetowego słownika języka polskiego [<http://sip.pwn.pl> z dnia 17.03.2010r.], suma pieniędzy wpłacona do kasy). Natomiast „środki obrotowe (na rachunku bankowym)” to ilość pozostających do dyspozycji posiadacza rachunku środków pieniężnych.

W związku z powyższym nieprawdziwe jest twierdzenie Protestującego, iż z opinii bankowej z dnia 17 grudnia 2009 r. wynikało, iż dysponował on środkami finansowymi w kwocie ośmiocyfrowej, tj. nie mniejszej niż 10.000.000,00 zł. Nie przedstawił więc wraz z wnioskiem dokumentu potwierdzającego posiadanie przez Protestującego środków finansowych lub zdolności kredytowej na kwotę minimum 500.000,00 zł.

Mając na uwadze, iż pozostałe zapisy rzeczony opinii również nie wskazywały, iż Protestujący dysponuje odpowiednią ilością środków finansowych lub posiada odpowiednią zdolność kredytową, zarzut dotyczący uznania przez Zamawiającego, iż opinia bankowa z dnia 17 grudnia 2009 r. nie potwierdzała spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji 111.2.2. lit. b) ogłoszenia nie został udowodniony i zasługuje na oddalenie.

Odnosząc się do zarzutu uznania, iż wyjaśnienie banku z dnia 11 lutego 2010 r. nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w Sekcji III.2.2 lit. b) ogłoszenia o zamówieniu oraz jest niezgodne z wezwaniem do złożenia wyjaśnień i/lub uzupełnień uznać należy, iż jest on bezzasadny i zasługujący na oddalenie.

W pierwszej kolejności podnieść należy, że Zamawiający uznał, iż przedstawiony dokument, należy traktować jako uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, a niejako wyjaśnienie tychże dokumentów. Jak wynika

bowiem z treści opinii bankowej z dnia 11 lutego 2010 r., nie odnosi się ona w żaden sposób do opinii z dnia 17 grudnia 2009 r. Nie wskazuje również na dzień 17 grudnia 2009 r. jako dzień, na który podane są zawarte w rzeczonyj opinii informacje. Taką interpretację działań Protestującego potwierdza również samo oświadczenie Protestującego złożone w dniu 12 lutego 2010 r. Wynika z niego bowiem, iż Protestujący przedstawił opinią bankową zgodną z wymogami pkt III.2.2., nie zaś, jak to próbuje udowodnić w proteście, wyjaśnienie do opinii bankowej z dnia 17 grudnia 2009 r. W świetle powyższego, Zamawiający oceniając treść opinii bankowej z dnia 11 lutego 2010 r. ocenił ją z pominięciem jakiegokolwiek odnoszenia się do opinii bankowej dołączonej pierwotnie do wniosku.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Protestujący i dnia 29 marca 2010 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP, podtrzymując zarzuty i argumentację zawartą w proteście wniósł o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i uznania, że Odwołujący spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty

określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba, w pełni popiera stanowisko Zamawiającego, a dodatkowo uzasadnia, jak poniżej.

Zamawiający w sekcji III.2.2 ogłoszenia o zamówieniu postawił warunek dotyczący zdolności ekonomicznej i finansowej, na potwierdzenie którego wykonawcy mieli obowiązek przedłożyć informację z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, potwierdzającą posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub posiadanie zdolności kredytowej łącznie w wymaganej wysokości – minimum 500 000,00 zł.

Odwołujący do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załączył informację z ING Bank Śląski S.A. Oddział w Będzinie, z dnia 17 grudnia 2009 roku, znak: 857/226/2009/MS. Treść informacji wskazywała, iż na rachunek PW M. Pasek sp.j. z siedzibą w Będzinie (lider konsorcjum) średnie miesięczne wpływy, za okres ostatnich 6 miesięcy zamykają się kwotami ośmiocyfrowymi, rachunek nie jest obciążony tytułami egzekucyjnymi oraz, że na dzień wydania opinii wykonawca nie jest kredytowany przez bank, a w przeszłości wielokrotnie korzystał z tej formy finansowania obrotu, zawsze terminowo wywiązując się ze zobowiązań wobec ING.

Pismem z dnia 10 lutego 2010 roku, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 i 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych Zamawiający wezwał konsorcjum P.W. Pasek do złożenia opinii bankowej, która będzie jednoznacznie potwierdzała spełnianie warunku określonego w pkt III.2.2 ogłoszenia.

W odpowiedzi, konsorcjum P.W. Pasek, pismem z dnia 11 lutego 2010 roku przedstawiło opinię bankową, wystawioną przez ING Bank Śląski S.A. Oddział w Będzinie z dnia 11 lutego 2010 roku, znak: 857/19/2010/MP. Opinia powyższa potwierdziła m.in., iż saldo środków na rachunku w dniu 11 lutego 2010 r. stanowi kwotę sześciocyfrową oraz, że podmiot (konsorcjum P.W. Pasek) ma zdolność kredytową do obsługi zaangażowania na poziomie nie mniejszym niż 500 000,00 zł.

Zamawiający stwierdził, iż powyższe dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu, dlatego też na podstawie przepisu art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych wykluczył konsorcjum P.W. Pasek z przedmiotowego postępowania.

Odwołujący do protestu załączył wyjaśnienie Banku ING S.A., w którym Bank poinformował m.in. *„W nawiązaniu do wystawionych opinii bankowych z dnia 17 grudnia 2009 roku oraz 11 lutego 2010 roku, na podstawie przedstawionych do banku dokumentów - spółka (PW M. Paek sp.j.) ma zdolność kredytową do obsługi zaangażowania na poziomie nie mniejszym niż 500 000,00 zł zarówno na dzień 17 grudnia 2009 r. oraz na dzień 11 lutego 2010 roku, jak i na dzień wystawienia niniejszego zaświadczenia.”*.

W ocenie Izby, Zamawiający w sposób prawidłowy dokonał oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu, a w konsekwencji w zgodzie z obowiązującymi przepisami wykluczył konsorcjum P.W. Pasek z przedmiotowego postępowania.

W przedmiotowej sprawie zwrócić bowiem należy na samą treść warunku, jak i na dzień, na który rzeczona opinia musi potwierdzać postawiony przez Zamawiającego warunek.

Zgodnie z postawionym warunkiem opinia musiała potwierdzać, iż wykonawca dysponuje odpowiednią ilością środków finansowych lub posiada odpowiednią zdolność kredytową.

Z opinii z dnia 17 grudnia 2009 roku wynika jedynie, iż średnie miesięczne wpływy zamykają się kwotami ośmiocyfrowymi, co nie oznacza, iż wykonawca ten dysponuje odpowiednią ilością środków finansowych. Zaistnieć bowiem może sytuacja, iż wykonawca z wpływów, z całkowitej ich wysokości zmuszony jest pokryć należne zobowiązania i faktyczna ilość środków finansowych, która może się legitymować – to kwota np. trzycyfrowa. Wpływ środków na konto nie upoważnia do postawienia znaku równości z dysponowaniem odpowiednią ilością środków finansowych, zwłaszcza gdy do czynienia mamy z przyszłą realizacją zamówienia publicznego. Brak odpowiedniego zabezpieczenia spowodować może nieterminowe lub też niewykonanie całego, przewidzianego umową przedmiotu zamówienia. Opinia powyższa nie odnosi się w ogóle do odpowiedniej zdolności kredytowej.

Również pismo z Banku, z dnia 11 lutego 2010 roku nie potwierdza dysponowania odpowiednią ilością środków finansowych, tj. minimum 500 000,00 zł, gdyż zawiera jedynie stwierdzenie, że saldo środków na rachunku w dniu 11.02.2010 r. stanowi kwotę sześciocyfrową. Po pierwsze kwota sześciocyfrowa to minimum 100 000,00 zł maksymalnie



999 999,99 zł. Tak więc Zamawiający nie dysponował wiedzą, o jaką kwotę sześciocyfrową chodzi w rzeczonyj opinii. Po drugie, nawet przy założeniu, że jest to kwota 500 000,00 zł, to i tak potwierdza stan na dzień 11 lutego 2010 roku, termin składania wniosków, jak i termin, na który wykonawcy mieli potwierdzić spełnienie warunku udziału w postępowaniu to nie później niż 1 luty 2010 roku.

Jeżeli zaś chodzi o zdolność kredytową to stwierdzić należy, iż z treści pisma Banku ING z dnia 11 lutego nie wynika, że wykonawca taką zdolność, w wysokości 500 000,00 zł na dzień 1 lutego 2010 roku posiada. Bank zawarł następującą informację, cyt. „*Powyższy podmiot ma zdolność kredytową do obsługi zaangażowania na poziomie nie mniejszym niż 500 000,00 zł.*”. Sformułowanie „podmiot ma” eliminuje inną interpretację niż ta, że to na dzień 11 lutego 2010 roku podmiot ma zdolność kredytową. Bank nie wypowiada się w kwestii czy podmiot będzie miał, czy może miał. Stwierdza jedynie, że w chwili wystawiania rzeczonyj pisma podmiot ma zdolność kredytową.

Zamawiający rozstrzyga protest opierając się nie na dokumentach przedłożonych do wniosku oraz złożonych w ramach procedury uzupełniania dokumentów, a nie na dokumentach, które zostały mu złożone wraz z protestem.

Oznacza to, że pomimo obowiązku wykazania przez wykonawcę, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych, iż złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert - wykonawca nie wykazał tego w dokumentach które złożył w odpowiedzi na wezwanie, tj. nie wykazał środków finansowych na rachunku lub określoną kwotowo zdolnością kredytową – na dzień 1 lutego 2010 roku.

Dopiero w proteście Odwołujący usiłował sanować fakt nie spełniania warunku, jednak dokument złożony na etapie postępowania protestacyjnego, nie może być brane pod uwagę pod względem oceny spełniania warunku.

Powyższe twierdzenie zostało utrwalone w orzecznictwie, np. wyrok z dnia 8 maja 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 541/09, gdzie skład orzekający stwierdził, iż cyt: „*Skoro więc wystawione zaświadczenie potwierdza określony stan faktyczny i prawny na dzień 21 stycznia 2009 r., jednocześnie nie określając terminu początkowego, od którego Sebastian S. jest członkiem Izby, nie można domniemywać treści, której faktycznie ono nie zawiera, gdyż prowadziłoby to do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*”.

Podobnie w wyroku z dnia 2 września 2008 r. sygn. akt: KIO/UZP 854/08, „Przesłanki odrzucenia ofert czy wykluczenia Wykonawcy z postępowania są przesłankami bezwzględnie obowiązującymi i mogą aktualizować się na każdym etapie postępowania. Dokumenty przedstawiane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu winny w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości potwierdzać spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego. Dokumenty na podstawie, których dokonuje się kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu nie powinny pozostawiać dowolności interpretacyjnych, a wynikające z nich potwierdzenie spełnienia warunków nie można oprzeć na domniemaniach i przypuszczeniach. Przepis art. 26 ust. 3 p.z.p. ma charakter wyjątkowy i należy traktować go literalnie, zaś żądanie uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 jest czynnością jedнокrotną i nie może być stosowane powtórnie w stosunku do tego samego dokumentu.” oraz w wyroku z dnia 25 września 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1148/09 „To na wykonawcy ciąży obowiązek zastosowania się do wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów. Jeżeli wykonawca nie spełni tego obowiązku nie może później żądać ponownego wystosowania przez zamawiającego takiego żądania, aby kolejny raz przeprowadzić czynność uzupełnienia dokumentów.”

Oznacza to, iż ciężar dowodu wykazania spełnienia warunku spoczywał na Odwołującym, a z dokumentów przedłożonych przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie wynika jednoznacznie, iż moment, na który zostały one wystawione - nie poświadczają one, iż Odwołujący spełniał warunek udziału w postępowaniu.

Odwołujący próbuje wykorzystać procedurę protestacyjną, jako dalszy ciąg procedury uzupełniania dokumentów.

Tymczasem zgodnie z wyrokiem z dnia 28 sierpnia 2009 r. sygn. akt: KIO/UZP 1054/09, skład orzekający stwierdził, iż „Środki ochrony prawnej nie stanowią kontynuacji procedury uzupełniania dokumentów i oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, iż środki ochrony prawnej nie stanowią kontynuacji procedury uzupełniania dokumentów i oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 3 p.z.p. W rozpoznawanym stanie faktycznym odwołujący zaniechał uzupełnienia żądanych dokumentów i dopiero na etapie środków ochrony prawnej przywołał dokument, który potwierdza brak zakazu ubiegania się o zamówienie. Zauważyć bowiem należy, że procedura uzupełniania dokumentów została prawomocnie zakończona w dniu, w którym upłynął termin na wnoszenie środków ochrony prawnej na czynność wezwania.”

Jak wynika z powyższego procedura uzupełniania dokumentów została zakończona i Zamawiający winien oceniać dokumenty będące w jego posiadaniu po złożeniu uzupełnienia

dokumentów przez Odwołującego, nie zaś dokumenty które uzupełnił Odwołujący w proteście.

Przyjęcie innej wykładni prowadziłyby do możliwości wielokrotnego uzupełniania tych samych dokumentów i byłoby sprzeczne podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, jak np. równe traktowanie wykonawców.

Powyższe znajduje swoje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 5 lutego 2007 r., według którego: *„Zdaniem Sądu Okręgowego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający może uznać brakujące dokumenty uzupełnione później, jednakże tylko wtedy, gdy wynika z nich, że stan, jaki potwierdzają, istniał także na dzień składania ofert. Przeciwny pogląd prowadziłby do naruszenia zasady równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, co tym samym uniemożliwiłoby zamawiającemu ocenę spełnienia przez wszystkich wykonawców warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.”*

Tym samym pomimo, iż pismo - wyjaśnienie z Banku ING z dnia 3 marca 2010 roku potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to złożone zostało z uchybieniem terminu na jego złożenie. W ocenie Izby, Odwołujący winien takie wyjaśnienie złożyć na etapie składania wniosków lub w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego – do uzupełnienia dokumentów. Uchybienie powyższe nie może być, w ocenie Izby, sanowane na etapie postępowania protestacyjnego, czy też odwoławczego.

Reasumując, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych przez Odwołującego, tj. art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 4 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Uwzględniając powyższe, jak i brzmienie przepisu art. 191 ust. 1a ustawy Pzp Krajowa Izba Odwoławcza, na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego, na podstawie kopii faktury VAT, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Częstochowie**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....