

Sygn. akt KIO 2547/10

WYROK
z dnia 8 grudnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 grudnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 24 listopada 2010 r. przez **POLMARS, R. Ziółkowski i s-ka Spółka komandytowa, ul. Białołęcka 243, 03-253 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części II, III, IV, V, VI zamówienia, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w części II, III, IV, V, VI zamówienia, powtórzenie czynności badania i oceny ofert w części II, III, IV, V, VI zamówienia, w tym wezwanie odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 8.1.1 ppkt 2 SIWZ w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

2. kosztami postępowania obciąża Poczta Polska S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **POLMARS, R. Ziółkowski i s-ka Spółka komandytowa, ul.**

Białołęcka 243, 03-253 Warszawa stanowiący koszty postępowania odwoławczego,

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Pocztę Polską S.A. Centrum Infrastruktury Oddział Regionalny w Warszawie, ul. Świętokrzyska 31/33, 00-941 Warszawa** na rzecz **POLMARS, R. Ziółkowski i s-ka Spółka komandytowa, ul. Białołęcka 243, 03-253 Warszawa** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 **Warszawie**.

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), którego przedmiotem jest „dostawa 7 262 szt. paczek świątecznych ze słodyczami dla dzieci pracowników jednostek organizacyjnych Poczty Polskiej S.A. - region warszawski”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2010r. pod nr 2010/S 188-287088.

W dniu 17 listopada 2010 r., zamawiający przesłał odwołującemu faksem informację o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu w cz. I, II, III, IV, V, VI zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W dniu 23 listopada 2010 r. zamawiający przekazał odwołującemu faksem informację o wyborze jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez:

- 1) w części I – wykonawcę WW. Serwis, Szymon Wójcik,
- 2) w części II, III, IV – wykonawcę Zakład Produkcyjno – Handlowo - Usługowy Barbara Owczarska,
- 3) w części V, VI – wykonawcę Terravita Łukasz Rola – Podczaski.

Wobec wykluczenia go z udziału w postępowaniu, odwołujący wniósł w dniu 24 listopada 2010r. odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia dokumentu – wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia, a konsekwencji naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne wykluczenie odwołującego z udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, iż zamawiający bezzasadnie wykluczył go z udziału w postępowaniu z powodu nie wykazania spełnienia wymaganego w pkt 8.1.1 ppkt. 2 i pkt 9.1 ppkt. 7 SIWZ warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Argumentował, iż rozstrzygnięcie to zostało wydane bez analizy zaistniałej sytuacji z pominięciem zarówno stanu faktycznego jak i prawnego sprawy. Podnosił, iż czynność zamawiającego narusza przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakładający na zamawiającego obowiązek wezwania do ponownego złożenia dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc m.in. wykazu wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia. Podkreślał, że obowiązek ten wynika jednoznacznie z użytego przez ustawodawcę w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sformułowania „wzywa”, co w przeciwieństwie do „może wezwać” przesądza powyższą czynność jako obligatoryjną.

Wywodził, że w świetle obowiązujących przepisów wezwanie do ponownego złożenia dokumentów ma zastosowanie również w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego, iż ze złożonych przez wykonawcę dokumentów nie wynika w sposób jednoznaczny potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przyjęcie stanowiska przeciwnego stałoby w rażącej sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, stawiając wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w pozycji uprzywilejowanej w stosunku do wykonawców, którzy złożyli wprawdzie dokumenty, ale nie wynika z nich spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Argumentował, że zaniechanie wezwania go do złożenia wykazu i dokumentu potwierdzającego należyte wykonanie dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia stanowi rażące naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i pozostaje w sprzeczności z ratio legis powołanego przepisu. Zamawiający nie ma bowiem podstaw, by stwierdzić, iż odwołujący nie wykazuje spełnienia warunków udziału w postępowaniu, bez uprzedniego wezwania go do ponownego złożenia dokumentów.

Na potwierdzenie swego stanowiska przytoczył orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wyniki kontroli prowadzonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz literaturę przedmiotu.

Wskazywał, że niewykonanie obowiązku wynikającego z przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, pomimo zaktualizowania się przesłanek wskazanych w powoływanym przepisie, ma istotny wpływ na wynik postępowania. Tym bardziej, że odwołujący otrzymując wezwanie byłby w stanie przedstawić w wykazie inne zrealizowane dostawy, które potwierdzałyby jednoznacznie spełnienie przez niego warunku wiedzy i doświadczenia. Takim zamówieniem mogłaby być bowiem m.in. zrealizowana na rzecz firmy Piotr i Paweł Wschód Warszawa dostawa produktów do paczek i koszy świątecznych o wartości 858 000 zł brutto.

W oparciu o powyższą argumentację odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
- 2) powtórzenie czynności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wraz z wezwaniem odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia wykazu wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia,
- 3) unieważnienie czynności wyboru oferty wykonawcy w cz. I, II, III, IV, V, VI [przedmiotu zamówienia].

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez odwołującego, odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił, co następuje:

Zgodnie z pkt 8.1.1 SIWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp.

W celu wykazania spełniania warunków, w myśl pkt 8.1.1.2 SIWZ wykonawca miał obowiązek złożyć „wykaz wykonanych co najmniej jednej dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, każda o wartości brutto nie mniejszej niż: dla całości zamówienia (części nr 1, 2, 3, 4, 5, i 6 łącznie) – 850.000,00 zł.; dla części nr 1 - 600.000,00 zł., dla części nr 2 – 40.000,00 zł., dla części nr 3 – 50.000,00 zł., dla części nr 4 – 40.000, 00 zł., dla części nr 5 – 60.000,00 zł. , dla części nr 6 – 60.000,00 zł., oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Zaznaczył, iż w przypadku składania oferty na dwie lub więcej części, zamawiający wymaga aby co najmniej jedna zrealizowana przez wykonawcę dostawa, była o wartości brutto nie mniejszej, niż suma poszczególnych części np.: część nr 1 i nr 2, nie mniejsza niż 640.000,00 zł. (600.000,00 zł. +40.000,00 zł.)”.

W pkt 9.1.7. SIWZ Zamawiający postanowił, iż na ofertę składa się m.in.: „wykaz wykonanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumenty potwierdzające, że te dostawy zostały wykonane należycie, z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 5 do SIWZ - zamawiający wymaga wykazania co najmniej jednej dostawy, każda o wartości brutto nie mniejszej niż: dla całości zamówienia (części nr 1, 2, 3, 4, 5, i 6 łącznie) – 850.000,00 zł.; dla części nr 1 - 600.000,00 zł., dla części nr 2 – 40.000,00 zł., dla części nr 3 – 50.000,00 zł., dla części nr 4 – 40.000, 00 zł., dla części nr 5 – 60.000,00 zł., dla części nr 6 – 60.000,00 zł.

W przypadku składania oferty na dwie lub więcej części, zamawiający wymaga aby co najmniej jedna zrealizowana przez Wykonawcę dostawa, była o wartości brutto nie

mniejszej, niż suma poszczególnych części np.: część nr 1 i nr 2, nie mniejsza niż 640.000,00 zł. (600.000,00 zł. +40.000,00 zł.)”.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz wykonanych dostaw zrealizowanych w ciągu ostatnich trzech lat (s. 122 oferty), w którym wskazał wykonanie następujących dostaw:

- 1) dostawę art. spożywczych do paczek i koszy świątecznych na rzecz Spółdzielni „Hala Banacha” w Warszawie, o wartości brutto 614.000 zł, w okresie od 15.11.2007 r. do 01.10.2010 r.,
- 2) dostawę art. spożywczych na paczki świąteczne na rzecz Regalto s.c. w Brwinowie, o wartości brutto 109.000 zł, w okresie od 10.11.2009 r. do 31.12.2009 r.,
- 3) dostawę art. spożywczych na paczki świąteczne na rzecz Regalto s.c. w Brwinowie, o wartości brutto 183.000 zł, w okresie od 01.01.2008 r. do 31.12.2008 r.,
- 4) dostawę art. spożywczych na paczki świąteczne na rzecz Regalto s.c. w Brwinowie, o wartości brutto 120.000 zł, w okresie od 20.11.2007 r. do 31.12.2007 r.,
- 5) dostawę paczek świątecznych na rzecz SM Europe w Warszawie, o wartości brutto 102.000 zł, w okresie od 09.11.2009 r. do 31.12.2009 r.,
- 6) dostawę paczek świątecznych na rzecz SM Europe w Warszawie, o wartości brutto 145.000 zł, w okresie od 01.11.2008 r. do 31.12.2008 r.,
- 7) dostawę paczek świątecznych na rzecz SM Europe w Warszawie, o wartości brutto 114.000 zł, w okresie od 15.11.2007 r. do 31.12.2007 r.,
- 8) dostawę paczek świątecznych na rzecz Poczty Polskiej S.A. w Warszawie, o wartości brutto 309.754,39 zł, w okresie od 09.12.2008 r. do 22.12.2008 r.,
- 9) dostawę paczek świątecznych na rzecz Inter Cars S.A. w Warszawie, o wartości brutto 63.000 zł, w okresie od 16.12.2008 r. do 17.12.2008 r.,
- 10) dostawę paczek świątecznych na rzecz Jas-Pol sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju, o wartości brutto 34.000 zł, w okresie od 14.11.2008 r. do 19.11.2008 r.

Do wykazu odwołujący załączył:

- 1) 1 szt. referencji wystawionych przez Spółdzielnię Hala Banacha z 20.10.2010 r., zgodnie z którymi w okresie od 15.11.2007 r. do 01.10.2010 r. odwołujący dostarczył artykuły spożywcze do paczek i koszy świątecznych o łącznej wartości brutto 614 000 złotych,
- 2) 3 szt. referencji Regalto s.c. w Brwinowie z 20.10.2010 r., dotyczących dostarczenia przez odwołującego na rzecz ww. zleceniodawcy art. spożywczych na paczki świąteczne o łącznej wartości odpowiednio: 109.000 zł, 183.000 zł, 120.000 zł, w okresach odpowiednio: od 01.01.2008 r. do 31.12.2008 r., od 20.11.2007 r. do 31.12.2007 r.,
- 3) 3 szt. referencji SM Europe w Warszawie z 20.10.2010 r. dotyczących dostarczenia przez odwołującego na rzecz ww. zleceniodawcy paczek świątecznych o wartości

odpowiednio: 102.000 zł, 145.000 zł, 114.000 zł, w okresach odpowiednio: od 09.11.2009 r. do 31.12.2009 r., od 01.11.2008 r. do 31.12.2008 r., od 15.11.2007r. do 31.12.2007 r.,

- 4) referencje Poczty Polskiej S.A. z 08 października 2009 r. dotyczące dostarczenia przez odwołującego na rzecz ww. zleceniodawcy w okresie od 9.12.2008 r. do 22.12.2008 r. paczek ze słodyczami o wartości 309.754,39 zł,
- 5) referencje Inter Cars S.A. w Warszawie z 07.10.2009 r. dotyczące dostarczenia przez odwołującego na rzecz ww. zleceniodawcy w 2008 r. paczek świątecznych o wartości 63.000 zł,
- 6) referencje Jas Pol sp. z o.o. w Jastrzębiu Zdroju z 12.10.2009 r. dotyczące dostawy paczek świątecznych w 2008 r. o wartości 34.000 zł brutto.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła co następuje:

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Ustalono również, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, uprawniający go do złożenia odwołania, albowiem uwzględnienie zarzutów może umożliwić mu uzyskanie zamówienia, a ponadto tracąc możliwość uzyskania zamówienia w tych częściach, ponosi szkodę.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego 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.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Okoliczność, iż odwołujący nie wykazał dokumentami załączonymi do oferty spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 8.1.1.2 SIWZ nie była sporna pomiędzy Stronami. Zamawiający w zawiadomieniu o wykluczeniu wskazał, iż odwołujący nie wykazał doświadczenia w wykonaniu minimum jednej dostawy o wartości brutto minimum 850.000 zł. Odwołujący na rozprawie przyznał, iż ponieważ złożył ofertę na 6 części przedmiotu zamówienia, zobowiązany był do wykazania doświadczenia w wykonaniu minimum jednej dostawy na kwotę minimum 850.000 złotych, czego nie uczynił.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, iż wykaz dostaw i dokumenty potwierdzające należyte ich wykonanie są dokumentami składanymi na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczą bowiem strony podmiotowej zamówienia tj. wykonawcy, a nie przedmiotu oferowanego świadczenia. Dokumenty takie generalnie służą wykazaniu, iż wykonawca zdolny jest do wykonania danego zamówienia, ze względu m.in. na posiadaną wiedzę i doświadczenie, dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, znajdowanie się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej. Ponadto zamknięty katalog takich dokumentów określa, wydane na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp, Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 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. nr 226, poz. 1817). Przywoływane rozporządzenie wymienia wśród dokumentów potwierdzających spełnienie warunków wymienia wykaz dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie (§ 1 ust. 1 pkt 3 przywoływanego rozporządzenia).

Przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp na którą powołał się zamawiający w piśmie z dnia 17 listopada 2010 r. aktualizuje się w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Każdorazowa decyzja zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu musi być poprzedzona procedurą, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w przypadku zaktualizowania się przesłanek opisanych w tym przepisie. W myśl przywoływanego przepisu zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że pomimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma charakter obligatoryjny na co wskazuje sformułowanie „wzywa”, a nie „może wezwać” i obliguje zamawiającego do wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w sytuacjach uregulowanych w tym przepisie.

Izba wskazuje, że z mocy samego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw nie będzie konieczne, gdy nawet mimo uzupełnienia postępowanie musiałoby być unieważnione, tj. wystąpiłaby którakolwiek z przesłanek wymienionych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp. Ponadto zamawiający nie jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów również w sytuacji, gdy pomimo uzupełnienia wymaganych dokumentów oferta wykonawcy podlegać będzie

odrzuconiu. Nie było sporne pomiędzy Stronami, iż oba wskazane wyjątki od zasady wzywania nie znajdują zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Nie zachodzą bowiem przesłanki do unieważnienia postępowania, zaś oferta odwołującego w sytuacji uzupełnienia wymaganych dokumentów nie będzie podlegała odrzuceniu.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, iż w rozpatrywanej sprawie odstąpił od wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw i dokumentów potwierdzających należyte ich wykonanie, stwierdzając iż w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Podnosił, iż odwołujący potwierdził dokumentami załączonymi do oferty, iż nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a zatem nie zachodzi sytuacja „niezłożenia” lub „złożenia dokumentu zawierającego błędy”, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, obligująca zamawiającego do wykonania czynności wezwania.

Stanowisko Zamawiającego nie jest zasadne. W orzecznictwie i piśmiennictwie dotyczącym przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dominuje, prezentowany również przez skład orzekający Izby w niniejszej sprawie, pogląd, że sytuacja „niezłożenia” dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu zachodzi również w przypadku, w którym przedłożony dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Powyższe pogląd wywodzi się z wniosku *a maiori ad minus*. Jeżeli w świetle przywoływanego przepisu dopuszczalne jest uzupełnienie dokumentów, które nie zostały przedłożone w ogóle (nawet wszystkich dokumentów), to tym bardziej możliwe jest i konieczne uzupełnianie dokumentów zawierających mniej doniosłe błędy czy braki. Tym samym sytuacja, w której dokument (np. wykaz osób, robót, dostaw czy usług), który został złożony, a nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu jest równoważna z brakiem złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu (*por. m.in. wyrok KIO z dnia 4 lutego 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 1724/09; KIO/UZO 1731/09, wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 463/10, wyrok KIO z dnia 9 listopada 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1495/09*).

Pogląd ten jest akceptowany również w piśmiennictwie, w którym wskazuje się, że „zamawiający może odstąpić od wezwania do uzupełniania oświadczeń i dokumentów również w sytuacji, gdy mimo ich braku (lub wad) z całą pewnością da się ustalić, że warunek, który miały potwierdzać, nie jest spełniony (np. przy braku oświadczenia dokument będzie wskazywał na występujące zaległości podatkowe)”. (*Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata komentarz LEX 2010 Komentarz do art. 26 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.10.113.759), [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2010, wyd. IV.*)

Jeżeli więc czynność wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu może hipotetycznie doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej wykonawcy, czynności takiej należy dokonać. W niniejszej sprawie w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp sytuacja prawna odwołującego niewątpliwie może się zmienić. W wyniku wezwania przez zamawiającego odwołujący będzie miał bowiem możliwość złożenia nowego wykazu dostaw i dokumentów, które potwierdzą spełnianie opisanego przez zamawiającego warunku wiedzy i doświadczenia.

W konsekwencji decyzję zamawiającego w przedmiocie wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w częściach I-VI, z pominięciem procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, należało uznać za nieprawidłową. Potwierdził się zatem zarzut błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 26 ust. 3 i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp albowiem zamawiający bezzasadnie zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte ich wykonanie.

W wykonaniu niniejszego wyroku zamawiający zobowiązany jest unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach II-VI, unieważnić czynność wykluczenia odwołującego w tych częściach, a także powtórzyć czynność badania i oceny ofert w tych częściach. Zamawiający powtarzając czynność badania ofert powinien wezwać odwołującego, w częściach II-VI zamówienia, do uzupełnienia wykazu dostaw wykonanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie, z wykorzystaniem wzoru – załącznik nr 5 do SIWZ. Odwołujący zobowiązany jest wykazać doświadczenie w co najmniej jednej dostawie odpowiadającej swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia na kwotę 850.000,00 zł, pomimo, iż ze względów opisanych poniżej, nie ma on już możliwości uzyskania zamówienia w części I. Powyższe wynika z okoliczności, iż złożył on ofertę na 6 części przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w analizowanej sprawie w częściach II-VI zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odwołujący

pozbawiony został bowiem możliwości uzyskania zamówienia publicznego w części II, III, IV, V, VI zamówienia.

Ustalono również, że naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4, a w konsekwencji także art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w części I zamówienia nie ma i nie może mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. W przypadku powtórzenia czynności badania i oceny ofert w części I odwołujący, na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, mógłby uzyskać maksymalnie tylko 91,58 pkt, zaś wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w tej części – łącznie 99,63 pkt. Wobec powyższego Izba nie uwzględniła żądania unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i unieważnienia wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu w części I zamówienia.

Izba nie podzieliła natomiast stanowiska zamawiającego, iż analogiczna, jak w części I sytuacja, zachodzi również w części V zamówienia. Izba stwierdziła bowiem, iż w przypadku uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, odwołujący może uzyskać w tej części 84,13 pkt, zaś wykonawca, którego oferta została wybrana - 83,91 pkt, a nie 87,51 pkt, jak omyłkowo podnosił na rozprawie zamawiający. Powyższe oznacza, że naruszenie przepisów art. 26 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp również w części V może mieć istotny wpływ na wynik postępowania, albowiem także w tej części oferta odwołującego może być jeszcze wybrana jako najkorzystniejsza..

Wobec braku możliwości częściowego oddalenia przez Izbę odwołania, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

.....