

Sygn. akt: KIO 78/20

WYROK
z dnia 29 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2020 r. przez wykonawcę **Crido Taxand R. N. i Wspólnicy Sp. k. z siedzibą w Warszawie**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Sarnaki**,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Crido Taxand R. N. i Wspólnicy Sp. k. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Siedlcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Sarnaki – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usługa doradztwa podatkowego w zakresie opodatkowania obiektów budowlanych podatkiem od nieruchomości w oparciu o obowiązujące przepisy prawa oraz ogólnodostępne informacje*. Wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych 11 grudnia 2019 r. pod numerem 634961-N-2019.

W dniu 14 stycznia 2020 r. wykonawca Crido Taxand R. N. i Wspólnicy Sp. k. wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy K. & T. Sp. z o.o., Spółka Doradztwa Podatkowego. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

Zgodnie z punktem pkt 6.5 lit. d SIWZ „Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie (podkreślenie Odwołującego) Wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów: rekomendacji od organów administracji samorządowej, potwierdzające prawidłowe wykonanie przez wykonawcę usług na rzecz organów administracji samorządowej w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie”. Odpowiedź na wezwanie K. & T. Sp. z o.o. wpłynęła do Zamawiającego w dniu 27 grudnia 2019 r.

W dniu 23 grudnia 2019 r. na podstawie art. 26 ust. 2 Prawa zamówień publicznych Zamawiający wezwał K. & T. Sp. z o.o. m.in. „do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających m. in. wykaz usług wykonanych lub wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Odpowiedź na wezwanie K. & T. Sp. z o.o. wpłynęła do Zamawiającego w dniu 7 stycznia 2020 r.

W dniu 30 grudnia 2019 r. K. & T. Sp. z o.o. została ponownie wezwana do uzupełnienia dokumentów poprzez „wykaz usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie”.

Zamawiający w dniu 9 stycznia 2019 r. dokonał wyboru jako najkorzystniejszej ofertę K. & T. Sp. z o.o.

Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia publicznego może ubiegać się wykonawca, który nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Z kolei art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający prowadzący postępowanie przetargowe z mocy prawa zobowiązany jest wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wprawdzie to od decyzji zamawiającego zależy określenie warunków udziału w postępowaniu, jednak niespełnienie przez wykonawcę tychże warunków powoduje obowiązek wykluczenia z postępowania oferty złożonego przez tego wykonawcę. Na wykonawcy spoczywa ciężar wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu oraz że nie podlega wykluczeniu.

Odwołujący podkreślił, że rekomendacje, o których mowa w 6.5 lit. d SIWZ powinny spełniać łącznie poniższe warunki:

- zostały otrzymane od organów administracji samorządowej,
- potwierdzają prawidłowe wykonanie przez wykonawcę usług na rzecz organów administracji samorządowej w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości;
- ww. usługi były wykonywane w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Odwołujący podniósł, że w niniejszej sprawie Zamawiający dwukrotnie wezwał K. & T. Sp. z o.o. o udokumentowanie usług w zakresie doradztwa podatkowego w podatku od nieruchomości świadczonych na rzecz samorządowych organów podatkowych – których to szczegółowy zakres i informacja o tym, że będzie potrzeba ich udokumentowania wynikała wprost z punktu 6.5 lit. d SIWZ. W ocenie Odwołującego żadna z odpowiedzi udzielonych przez ww. wykonawcę nie spełnia wymogu przewidzianego w SIWZ. Po pierwsze, złożony wykaz usług i rekomendacje dotyczą wykonywania usług na rzecz podmiotów prywatnych, nie zaś na rzecz „organów administracji samorządowej”, po drugie – dotyczą one wykonywania usług innych niż w zakresie podatku od nieruchomości. Zdaniem

Odwołującego powoduje to, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że za ofertę najkorzystniejszą nie może zostać uznana oferta wykonawcy podlegającego wykluczeniu z mocy prawa. Treść art. 22 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie wskazuje, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się tylko ci wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zdaniem Odwołującego wykonawca K. & T. Sp. z o.o. nie spełnia obydwu wskazanych wyżej przesłanek, przez co wybór oferty tego wykonawcy jest wadliwy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy K. & T. sp. z o.o., Spółka Doradztwa Podatkowego, dokonania ponownej oceny ofert i w jej wyniku wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania i dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podniósł, że nie jest prawdą, jakoby w przedmiotowym postępowaniu wymagał w pkt 6.5 lit. d, aby wykonawcy legitymowali się „rekomendacjami otrzymanymi od organów administracji samorządowej, potwierdzające prawidłowe wykonanie przez wykonawcę usług na rzecz organów administracji samorządowej w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie. Zamawiający stwierdził, że Odwołujący zdaje się nie dostrzegać faktu, że zapis w pkt 6.5 lit. d SIWZ dotyczył jedynie wskazania dokumentów składanych na wezwanie Zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 2 ustawy Pzp. Podniesiona w odwołaniu argumentacja Odwołującego jakoby zapis w pkt 6.5 lit. d SIWZ, dotyczył warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do wymaganego od wykonawców doświadczenia jest chybiona i niczym nieuzasadniona. Warunek zdolności technicznej (doświadczenia) został określony przez Zamawiającego w pkt 5.2. lit c SIWZ oraz w sekcji III pkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z treścią warunku Zamawiający wymagał aby wykonawcy dysponowali doświadczeniem w świadczeniu usług doradztwa podatkowego, jak też w zakresie zastępstwa przed sądami administracyjnymi w co najmniej pięciu postępowaniach toczących się na tle należności podatkowych w okresie trzech ostatnich lat. Zdaniem Zamawiającego z treści tak postawionego warunku zdolności technicznej, w żaden sposób nie da się wywieść wniosków jakie wywiódł Odwołujący w odwołaniu, jakoby usługi doradztwa podatkowego dotyczące warunku doświadczenia musiały być wykonywane na rzecz organów administracji samorządowej w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości oraz że usługi te nie mogły być wykonywane na

rzecz podmiotów prywatnych i dotyczyć innych usług doradztwa podatkowego niż w zakresie podatku od nieruchomości. Warunek nie zawierał powyższych wymogów, w związku z czym Zamawiający nie żądał od wykonawców wykazania się jedynie doświadczeniem w wykonaniu usług na rzecz organów administracji samorządowej w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości, gdyż byłoby to niezgodne z treścią SIWZ.

Zamawiający poinformował, że jest świadomy tego, że z oczywistych względów zapis pkt 6.5 lit. d SIWZ był błędny oraz niezgodny z ustawą Pzp, co powoduje jego nieważność, gdyż wprowadzenie do SIWZ postanowienia niezgodnego z ustawą nie zastępuje i nie modyfikuje regulacji ustawowej, do której stosowania zobowiązany jest Zamawiający. Zgodnie z obowiązującym prawem Zamawiający nie mógł żądać dokumentu w postaci rekomendacji od organów administracji samorządowej, w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości gdyż żądanie takiego dokumentu byłoby bezpodstawne. Zamawiający podniósł, że w trakcie procedury przetargowej, błędny zapis w pkt 6.5 lit. d SIWZ nie był w żaden sposób kwestionowany przez żadnego z uczestników postępowania, choć mieli do tego prawo. Zamawiający zauważając swój błąd w momencie, kiedy upłynął już termin na składanie ofert i nie było już możliwości zmiany treści SIWZ, pamiętając jednocześnie, że jest zobligowany do prowadzenia postępowania zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, wezwał w dniu 23.12.2019 r., na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy PZP Wykonawcę najwyższej ocenionego K. & T. Sp. z o.o., Spółka Doradztwa Podatkowego, do złożenia w wyznaczonym terminie m.in. dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku określonego przez Zamawiającego w pkt 5.2. lit c SIWZ oraz w sekcji III pkt 1.3 ogłoszenia o zamówieniu. Wykonawca K. & T. Sp. z o.o., Spółka Doradztwa Podatkowego w wyznaczonym terminie złożył co do zasady zgodnie z wezwaniem wymagane dokumenty. Zamawiający podczas badania dokumentów zauważył, że do przedłożonego wykazu usług nie zostały załączone dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie i w dniu 30.12.2019 r. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę do uzupełnienia w wyznaczonym terminie wykazu usług wraz z dowodami określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Wykonawca w wyznaczonym terminie uzupełnił listy referencyjne dla 5 usług doradztwa podatkowego i zastępstwa przed sądami administracyjnymi wskazanych w wykazie usług tabela, wiersz 3, 4, 5, 6, 7. Zamawiający badając dokumenty uznał, że przedstawiony wykaz usług wraz z dowodami w wystarczający sposób potwierdza posiadanie przez wykonawcę wymaganego doświadczenia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła, co następuje:

W punkcie 5.2 lit. c SIWZ Zamawiający określił następujący warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej: *Wykonawca musi dysponować doświadczeniem w świadczeniu usług doradztwa podatkowego, jak też w zakresie zastępstwa przed sądami administracyjnymi w co najmniej pięciu postępowaniach toczących się na tle należności podatkowych w okresie trzech ostatnich lat.*

Zgodnie z punktem 6.5 lit. d SIWZ, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, aktualnych na dzień złożenia następujących dokumentów: rekomendacje otrzymane od organów administracji samorządowej, potwierdzające prawidłowe wykonanie lub wykonywanie przez Wykonawcę usług na rzecz organów administracji samorządowej w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie.

Analogiczne postanowienia zostały zamieszczone odpowiednio w punkcie III.1.3 i III.5.2 ogłoszenia o zamówieniu.

Pismem z 23 grudnia 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę K. & T. Sp. z o.o., na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, do złożenia m.in. wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz z załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Zamawiający wskazał, że dowodami, o których mowa wyżej, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonane lub są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. Jeżeli wykaz, oświadczenia lub inne złożone przez wykonawcę dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do właściwego podmiotu, na rzecz którego dostawy były wykonane o dodatkowe informacje lub dokumenty w tym zakresie.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca złożył w dniu 27 grudnia 2019 r. m.in. wykaz usług, w którym wskazał 9 usług z okresu od 10 kwietnia 2017 r. do 16 listopada 2019 r. polegających na reprezentacji podmiotów prywatnych przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym w sprawach podatkowych:

- 1) 10.04.2017 r. – reprezentacja w zakresie odmowy rejestracji do podatku VAT przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym

- 2) 16.11.2017 r. – reprezentacja w zakresie odmowy rejestracji do podatku VAT przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym
- 3) 16.11.2017 r. – reprezentacja przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym odnośnie skargi na decyzję Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie (sygn. akt I SA/Lu 717/18),
- 4) 18.01.2019 r. – reprezentacja przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym odnośnie skargi na decyzję Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie (sygn. akt I SA/Lu 578/18),
- 5) 18.01.2019 r. – reprezentacja przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym odnośnie skargi na decyzję Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie (sygn. akt I SA/Lu 577/18),
- 6) 18.01.2019 r. – reprezentacja przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym odnośnie skargi na decyzję Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie (sygn. akt I SA/Lu 543/18),
- 7) 18.01.2019 r. – reprezentacja przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym odnośnie skargi na decyzję Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie (sygn. akt I SA/Lu 544/18),
- 8) 30.05.2019 r. – reprezentacja przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym odnośnie skargi na decyzję Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie,
- 9) 16.11.2019 r. – reprezentacja przed Wojewódzkim Sądem Administracyjnym odnośnie skargi na decyzję Dyrektora Izby Administracji Skarbowej w Lublinie (sygn. akt I SA/Lu 716/17).

Do wykazu nie zostały załączone referencje.

Pismem z 30 grudnia 2019 r. Zamawiający skierował do wykonawcy wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym wezwał *do uzupełnienia w terminie do dnia 7 stycznia 2020 do godz. 15:30 następujących dokumentów: wykazu usług wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem przedmiotu, dat wykonania podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane należycie. Uwaga: Dowodami, o których mowa wyżej, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – inne dokumenty.*

W odpowiedzi na wezwanie w dniu 7 stycznia 2020 r. wykonawca przedłożył 7 listów referencyjnych.

W wyniku oceny powyższych dokumentów Zamawiający nie wykluczył wykonawcy K. & T. Sp. z o.o. z postępowania i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stosownie do art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Art. 25 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, a oświadczenia lub dokumenty potwierdzające m.in. spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z powyższych przepisów wynika, że Zamawiający może określić warunki udziału w postępowaniu, a jeśli to zrobi – wskazuje dokumenty, jakie należy złożyć na potwierdzenie spełniania tych warunków. Wykonawca, który nie wykaże, że spełnia określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, podlega wykluczeniu z postępowania.

W ocenie Izby brak jest podstaw do twierdzenia, że z powodów objętych zarzutami odwołania wykonawca K. & T. Sp. z o.o. nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga różnica między opisanym przez zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu a dokumentami wymaganymi na potwierdzenie spełniania tego warunku. Zakres żądanego potencjału, w tym doświadczenia wymaganego od wykonawcy, zamawiający określa w warunkach udziału w postępowaniu, a dokumenty żądane na potwierdzenie jego spełniania mają w stosunku do warunku charakter wtórny, stanowią środek dowodowy, za pomocą którego dokonywana jest weryfikacja w tym zakresie.

Nie ma wątpliwości, że w rozpoznawanej sprawie warunek udziału w postępowaniu został określony w punkcie 5.2 lit. c SIWZ (i punkcie III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu), natomiast dokumenty na potwierdzenie spełniania tego warunku Zamawiający wskazał w punkcie 6.5 lit. d SIWZ (i punkcie III.5.2 ogłoszenia o zamówieniu). Warunkiem udziału w postępowaniu było doświadczenie w świadczeniu usług doradztwa podatkowego, jak też w zakresie zastępstwa przed sądami administracyjnymi w co najmniej pięciu postępowaniach toczących się na tle należności podatkowych w okresie trzech ostatnich lat. Zamawiający nie wymagał więc, aby doświadczenie dotyczyło usług na rzecz organów administracji samorządowej ani aby obejmowało opodatkowanie podatkiem od nieruchomości. Jednocześnie Zamawiający błędnie – jak sam przyznał – w punkcie 6.5 lit. d SIWZ i III.5.2 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, że przed udzieleniem zamówienia wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia rekomendacji otrzymanych od organów administracji samorządowej, potwierdzające prawidłowe wykonanie lub wykonywanie przez Wykonawcę usług na rzecz organów administracji samorządowej w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości. Bez wątpienia ww. postanowienia dotyczące żądanych dokumentów obarczone były błędem, ich zakres merytoryczny był bowiem inny, niż określony warunek udziału w postępowaniu. Niewątpliwie świadczy to o braku staranności Zamawiającego w opracowaniu SIWZ, co zasługuje na krytyczną ocenę, nie może jednak usprawiedliwiać interpretacji jej postanowień poprzez wprowadzenie do warunku udziału w postępowaniu treści w nim niewyrażonych. W związku z tym, że to warunek udziału w postępowaniu określa oczekiwania Zamawiającego, a dokumenty na jego potwierdzenie mają w stosunku do warunku charakter wtórny, Zamawiający nie mógł żądać od wykonawcy wykazania doświadczenia w innym zakresie, niż to określił w warunku. W konsekwencji nie mógł też wykluczyć wykonawcy z powodu niewykazania spełniania warunku, jeśli złożone dokumenty odpowiadały treści warunku. W przypadku takiego wykluczenia wykonawca miałby szansę skutecznie skorzystać ze

środków ochrony prawnej. Skoro więc taki błąd w SIWZ został popełniony, to w ocenie Izby Zamawiający musiał oceniać dokumenty w odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu, nie zaś w odniesieniu do błędnie określonych środków dowodowych.

Stwierdzić należy, że wykonawca K. & T. Sp. z o.o. przedstawił dokumenty na potwierdzenie doświadczenia w świadczeniu usług doradztwa podatkowego, w zakresie zastępstwa przed sądami administracyjnymi. Dokumenty te nie zostały przez Odwołującego zakwestionowane z powodów innych, niż to, że nie dotyczą organów samorządowych i opodatkowania podatkiem od nieruchomości. Odwołujący nie podnosił, że nie potwierdzają one spełniania warunku opisanego w 5.2 lit. c SIWZ i w punkcie III.1.3 ogłoszenia o zamówieniu. W związku z tym należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał istnienia podstaw do wykluczenia, podstawą taką może być bowiem okoliczność, że wskazane przez wykonawcę usługi nie miały cech, które w treści warunku nie zostały opisane.

Nie sposób zgodzić się z Odwołującym, że postanowienie punktu 6.5 lit. d SIWZ stanowiło doprecyzowanie warunku udziału w postępowaniu. Teza ta wskazuje, że Odwołujący nie czyni rozróżnienia między warunkiem a dokumentami za pomocą których następuje wykazanie jego spełniania. Z treści SIWZ wprost wynika, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone w punkcie 5 pn. *Warunki udziału w postępowaniu*, a środki dowodowe w punkcie 6 pn. *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia*.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, jakoby o konieczności wykazania się doświadczeniem w usługach na rzecz organów administracji samorządowej w zakresie opodatkowania podatkiem od nieruchomości miał świadczyć fakt, że przedmiotem zamówienia są takie właśnie usługi. Odnosząc się do tego stanowiska zauważyć należy, że żaden przepis ustawy nie zobowiązuje zamawiającego, aby określił warunki udziału w postępowaniu dokładnie takie, jak przedmiot zamówienia w prowadzonym postępowaniu. Co więcej, Zamawiający ma prawo w ogóle odstąpić od opisanego takich warunków. Skoro więc określił warunek w sposób bardziej ogólny, nie może żądać wykazania warunku dalej idącego, jeśli takiego nie opisał, tylko dlatego, że przedmiot zamówienia charakteryzuje się jakimiś dodatkowymi cechami.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 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 (t.j. Dz. U. z 2018

Sygn. akt KIO 78/20

r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: