

WYROK

z dnia 13 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Joanna Borowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 września 2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

- 1. DGP Clean Partner Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica**
- 2. Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o., ul. Najświętszej Marii Panny 5e, 59-220 Legnica**
- 3. PU GOS-ZEC Sp. z o.o., ul. Gdyńska 54, 61-016 Poznań**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Jednostka Wojskowa Nr 4809 w Zegrzu, ul. Juzistek 2, 05-131 Zegrze**

orzeka:

1) uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: Jednostce Wojskowej Nr 4809 w Zegrzu w zakresie części IV przedmiotu zamówienia:

1.1) unieważnienie czynności:

- unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia;
- wykluczenia z postępowania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; PU GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu;
- uznania oferty tych wykonawców za odrzuconą;

1.2) powtórzenie czynności badania i oceny oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; PU GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, z zastosowaniem trybu uzupełnienia oświadczeń i dokumentów dotyczących wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo

zamówień publicznych;

2) kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Jednostka Wojskowa Nr 4809 w Zegrzu, i:

2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; PU GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - tytułem wpisu od odwołania;

2.2) zasądza od zamawiającego: Jednostka Wojskowa Nr 4809 w Zegrzu na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; PU GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa-Praga **w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Jednostka Wojskowa Nr 4809 w Zegrzu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Sprzątanie powierzchni wewnętrznych oraz zewnętrznych utwardzonych i nieutwardzonych, utrzymanie pasów ochronnych i ppoż. na terenie kompleksów wojskowych administrowanych przez Jednostkę Wojskową 4809 w Zegrzu*”, Nr sprawy: ZP/48/2015.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11.07.2015 r., nr 2015/S 132-243786.

A. I. Na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”, „ustawa” lub „ustawa Pzp”, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: DGP Clean Partner Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; Dozorbud Grupa Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy; PU GOS-ZEC Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu - odwołujący w postępowaniu odwoławczym - wnieśli odwołanie w części IV przedmiotu zamówienia od wskazanych niżej czynności zamawiającego:

- 1) wykluczenia odwołujących z postępowania;
- 2) odrzucenia oferty;
- 3) ewentualnie zaniechania wezwania odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jeżeli w ocenie zamawiającego odwołujący nie wykazał spełnienia warunku potencjału technicznego,
- 4) unieważnienia postępowania z powodu błędnego przyjęcia braku ofert niepodlegających odrzuceniu.

II. Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów Pzp:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 przez błędne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku potencjału technicznego;
- 2) art. 24 ust. 4 przez błędne przyjęcie, że oferta odwołującego, jako wykluczonego z powodu nie wykazania spełnienia warunku technicznego podlega odrzuceniu;
- 3) ewentualnie art. 26 ust. 3 przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu, jeżeli załączony do oferty nie potwierdza spełnienia przez odwołującego warunku potencjału technicznego;
- 4) art. 93 ust. 1 pkt 1 przez unieważnienie postępowania pomimo nie ziszczenia się przesłanek wskazanych w tym artykule.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu

w zakresie części IV przedmiotu zamówienia:

- 1) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą;
- 3) powtórzenia badania i oceny ofert, w tym ewentualnie wezwanie odwołującego do uzupełnienia wykazu;
- 4) dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w części IV postępowania.

IV. i V. Odwołujący wskazał okoliczności zachowania terminu do wniesienia odwołania oraz istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia połączonego z możliwością poniesienia szkody z powodu naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

VI. Uzasadnienie odwołania.

W uzasadnieniu czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, zamawiający podał następujące uzasadnienie: *„Wykonawca do oferty załączył wykaz sprzętu przewidzianego do wykonania przedmiotu zamówienia stanowiący załącznik nr 13 do SIWZ. Załączony wykaz nie spełnia wymogów warunków SIWZ, tj. Rozdziału VII ust. 2 pkt 2 lit. c. Złożony przez Wykonawcę wykaz wskazuje, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów postawionych przez Zamawiającego w opisie sposobu oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż sumaryczna ilość każdego rodzaju sprzętu jest niezgodna z ilością wymaganą w warunkach SIWZ. Wykonawca złożył ofertę w czterech częściach postępowania. W wykazie sprzętu w punkcie b (sprzątanie powierzchni zewnętrznych) w pozycji 4 Wykonawca zaproponował w ilości 8 sztuk każdego rodzaju sprzętu do wykonania zamówienia. Zaproponowana przez Wykonawcę ilość sprzętu jest ilością niewystarczającą do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ Zamawiający wymagał aby Wykonawca wykazał, że posiada do wykonania przedmiotu zamówienia profesjonalny sprzęt w ilości minimum 2 sztuk każdego rodzaju, w każdej części zamówienia. W przypadku złożonej oferty, Wykonawca był zobowiązany w wykazie sprzętu w punkcie b (sprzątanie powierzchni zewnętrznych) w pozycji 4 zaproponować Zamawiającemu minimum 32 sztuki sprzętu do wykonania zamówienia.”*

Z uwagi na to, i w zakresie części IV została złożona tylko oferta odwołującego, zamawiający unieważnił w tej części postępowanie.

Odwołujący nie zgodził się z decyzją zamawiającego z następujących powodów.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz ust. 4 Pzp przez błędne przyjęcie, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku potencjału technicznego oraz, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu jako wykluczonego.

Zamawiający dokonał opisu sposobu oceny spełnienia warunku potencjału

technicznego w rozdziale VII ust. 2 pkt.2 lit c SIWZ w następujący sposób:

a. „dysponują odpowiednim potencjałem technicznym:

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada do wykonania przedmiotu zamówienia profesjonalny sprzęt w ilości minimum 2 sztuk każdego rodzaju, w każdej części zamówienia tj.:

- *odkurzacze przemysłowe (ciche w eksploatacji),*
- *froterki dyskowe, inne (ciche w eksploatacji),*
- *mobilne zestawy do sprzątania, inne,*
- *maszyny czyszczące do podłóg (zbierające wodę),*
- *kosiarki spalinowe, inne,*
- *kosy/wykaszarki spalinowe,*
- *środek transportu (do zwiezienia liści, gałęzi, śmieci z koszy do kontenera lub na zewnątrz kompleksu itp.),*
- *samobieżne pługi do odśnieżania, zawieszane pługi do odśnieżania, posypywarki, dmuchawy do odśnieżania, inne w zależności od potrzeb.*

Sumą ilości urządzeń na wybrane części, np. przy składaniu oferty na części 1 i 2, Wykonawca wykaże dysponowanie minimum 4 sztukami każdego rodzaju sprzętu.

Zamawiający uzna warunek za spełniony na podstawie złożonego przez Wykonawcę wykazu - według wzoru stanowiącego załącznik nr 13 do SIWZ.”

Odwołujący ubiegając się o udzielenie zamówienia w czterech częściach, w celu wykazania spełniania warunku potencjału technicznego, złożył wraz z ofertą wykaz według przygotowanego przez zamawiającego wzoru (zał. nr 13 do SIWZ), deklarując dysponowanie wymaganym sprzętem w ilości w sumie 8 sztuk w zakresie każdego z wymaganych rodzajów, a więc po dwie sztuki z każdego rodzaju wymaganego sprzętu w każdej z czterech części, co daje zadeklarowaną sumę.

W ocenie odwołującego za pomocą zadeklarowanej ilości sprzętu zostało wykazane spełnienie warunku zakładając, że każdy z punktów wskazanych w opisie warunku technicznego wskazuje jeden rodzaj wymaganego sprzętu.

Odwołujący przyjął taki sposób interpretacji również w zakresie punktu „*kosy/wykaszarki spalinowe*” oraz „*samobieżne pługi do odśnieżania, zawieszane pługi do odśnieżania, posypywarki, dmuchawy do odśnieżania, inne w zależności od potrzeb*”, gdyż zamawiający nie napisał w SIWZ wprost, że te dwa punkty wskazują większą ilość rodzajów sprzętu, ponadto sprzęt wskazany w każdym z tych dwóch punktów w zasadzie służy do tych samych czynności. Niezrozumiałym jest na jakiej podstawie zamawiający uważa, że w wykazie sprzętu w punkcie b (sprzątanie powierzchni zewnętrznych) w pozycji 4 należało zadeklarować 32 sztuki sprzętu. Natomiast z ostrożności odwołujący wskazał, że jeżeli

zamawiający uważa, iż w spornym zakresie wskazał cztery rodzaje wymaganego sprzętu, to zastanawiające jest z jakich powodów nie interpretuje tak samo punktu dotyczącego „kosi/wykaszarki spalinowe”, wymagając dwóch rodzajów sprzętu tj. kosi i wykaszarki.

Zasadnym wydaje się wskazanie, że jeżeli nawet postanowienia warunku w zakresie wymogu wykazania się „samobieżnymi pługami do odśnieżania, zawieszanymi pługami do odśnieżania, posypywarkami, dmuchawami do odśnieżania, inne w zależności od potrzeb” mogą być różnie interpretowane, np. w sposób zaprezentowany przez odwołującego oraz zamawiającego, to w takiej sytuacji, zgodnie z wypracowanym stanowiskiem KIO należy przyjąć interpretację wykonawcy, zakładając że ubiegający się o zamówienie nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzji przy opracowywaniu postanowień dokumentów przetargowych, w szczególności w tak ważnych ich zakresie jak warunki udziału w postępowaniu i ich opis - wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 28.V.2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-598/07 „postanowienia siwz muszą być na tyle jednoznaczne, aby nie dopuszczały rozbieżności interpretacyjnych, a wszelkie wątpliwości nie mogą być tłumaczone na niekorzyść wykonawców,” czy też: „Nieprecyzyjne siwz, wprowadzające w błąd wykonawców należy traktować na korzyść wykonawców” - KIO 11.03.2014 r., sygn. akt KIO 354/14.

2. Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania odwołującego do uzupełnienia wykazu, jeżeli załączony do oferty nie potwierdza spełnienia przez odwołującego warunku potencjału technicznego:

Z ostrożności odwołujący wskazał, że gdyby Izba uznała, że w spornym zakresie zamawiający wymagał 4 rodzajów urządzeń, a tym samym, że załączony do oferty, wykaz nie potwierdza spełnienia warunku potencjału technicznego, to zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ma obowiązek a nie uprawnienie, wezwać wykonawcę do uzupełnienia wadliwego dokumentu, który w ocenie zamawiającego nie potwierdza spełnienia ustanowionego warunku, dopiero niewykazanie spełnienia warunku za pomocą uzupełnionych dokumentów, stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy, przykładowo:

„W orzecznictwie KIO wskazuje się konsekwentnie, że wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, musi być poprzedzone prawidłowym i precyzyjnym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp” - (KIO z 24 października 2013 r., sygn. akt KIO 2332/13; KIO 2333/13). KIO z 9. V. 2012 r., KIO 859/12 wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp powinno być poprzedzone czynnościami zamawiającego, których efektem jest ustalenie podstawy wykluczenia ponad wszelką wątpliwość. Podobnie w wyroku z 10.V. 2013 r., KIO 896/13, Izba wskazała, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 pzp jest czynnością obligatoryjna, bez której niedopuszczalnym

jest wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 pzp, o ile nie zachodzą negatywne przesłanki przewidziane tymi przepisami.

Należy zatem przyjąć: wobec zaniechania zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp wniosek zamawiającego, że wykonawca nie jest zdolny do wykonania zamówienia według kryteriów postawionych przez zamawiającego w opisie sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż sumaryczna ilość każdego rodzaju sprzętu jest niezgodna z ilością wymaganą w warunkach SIWZ, jest przynajmniej przedwczesny.

3. Zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp przez unieważnienie postępowania pomimo nie ziszczenia się przesłanek wskazanych w tym artykule.

Kontynuując odwołujący wskazał, że jeżeli w świetle obowiązujących przepisów wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał za pomocą dokumentów załączonych do oferty spełnienia warunków udziału w postępowaniu może nastąpić jedynie po uprzednim bezskutecznym wezwaniu do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, to należy przyjąć, w okolicznościach postępowania w ramach, którego wnoszone jest odwołanie, że czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp jest przynajmniej przedwczesna, a tym samym niezasadna i pozbawiona podstaw prawnych.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący uznał za konieczne wniesienie odwołania celem zbadania przez Izbę, czy zaskarżone działania i zaniechania zamawiającego są zgodne z obowiązującymi przepisami zważywszy, że odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w zakresie części IV postępowania, a więc stwierdzenie zarzucanych naruszeń umożliwi odwołującemu uzyskanie zamówienia w tej części.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania.

B. Zamawiający, w odpowiedzi na odwołanie, wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego według rachunku, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

Ad I. Na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający wykluczył wykonawcę w części IV, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jednocześnie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 zamawiający unieważnił postępowanie w części IV, ponieważ nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wykonawca złożył ofertę w czterech częściach postępowania, załączając wykaz sprzętu, w ilości 8 sztuk każdego rodzaju sprzętu do wykonania zamówienia, to jest w ilości niższej niż wymagana w SIWZ. W przypadku złożonej oferty na cztery części, wykonawca w wykazie sprzętu w punkcie b (sprzątanie powierzchni zewnętrznych) w pozycji 4 winien był zaproponować zamawiającemu minimum 32 sztuki sprzętu do wykonania zamówienia. Zamawiający zmodyfikował SIWZ w dn. 7 sierpnia 2015 roku w rozdziale IV, VI, VII, XIII, XIV,

XIX oraz Formularz ofertowy i załącznik nr 7 do SIWZ. Po modyfikacji SIWZ, zamawiający szczegółowo wyjaśnił co oznacza spełnienia warunku do dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym. W rozdziale VII ust. 2 pkt 2 c dodano opis: *„Suma ilości urządzeń na wybrane części, np. przy składaniu oferty na części 1 i 2, Wykonawca wykaże dysponowanie minimum 4 sztukami każdego rodzaju sprzętu.”*

Wykonawca użył błędnej interpretacji zapisów języka polskiego, bez uwzględnienia interpunkcji i logiki prawniczej.

Zamawiający przy pozycji *„kosi/wykaszarki spalinowe”* użył znaku *”/”* znaczącego inaczej *„lub”* więc w tym przypadku wystarczy dwa rodzaje któregoś ze wskazanych sprzętów (dla jednej części).

Pozycja *„samobieżne pługi do odśnieżania, zawieszane pługi do odśnieżania, posypywarki, dmuchawy do odśnieżania”* zostały kolejno wymienione po przecinku co oznacza, że każdy wymieniony sprzęt jest wymagany.

Sprzęty te nie są równoważne i nie służą do wykonywania tych samych czynności tj. np. zawieszane pługi do odśnieżania służą do usunięcia nadmiaru śniegu głównie z dróg, placów, dmuchawy do odśnieżania służą do usunięcia śniegu głównie sypkiego przede wszystkim z chodników, natomiast posypywarki służą do posypania środkiem/materiałem przeciwpoślizgowym śliskich nawierzchni. Dlatego nie można stwierdzić, że wymienione sprzęty służą do wykonywania tych samych czynności, bo skutki ich użycia są różne. Jedynie co je łączy to fakt, że są wykorzystywane w sezonie zimowym.

Przecinek w tej pozycji zastępuje spójnik *„i”*, pełniąc funkcję enumeratywną, czyli wyliczającą.

Wykonawca składając załącznik nr 3 do SIWZ oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. posiada wiedzę i doświadczenie. Jako osoba z doświadczeniem, wykonawca winien wiedzieć, że *„samobieżne pługi do odśnieżania, zawieszane pługi do odśnieżania, posypywarki, dmuchawy do odśnieżania”*, to sprzęty o innym przeznaczeniu, nietożsame. Zatem zarówno doświadczenie wykonawcy, jak i interpretacja językowa świadczy o nieprawidłowościach interpretacyjnych przyjętych przez wykonawcę, bez uzasadnienia. Nie sposób zgodzić się, że opisy SIWZ mogą być różnie interpretowane, także przywołane przez wykonawcę orzeczenie KIO 11.03.2014 r., sygn. akt KIO 354/14 nie znajduje w tej sprawie zastosowania.

Ad II. Zamawiający wzywa wykonawców do uzupełnienia dokumentów, stosując się do przepisów prawa, bazując także na orzecznictwie KIO, w którym wskazuje się (KIO 526/15, wyrok KIO z 2015.04.02, LEX nr 1678131): *„1. Wykluczenie wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, możliwe jest tylko i wyłącznie z zastrzeżeniem uprzedniego zastosowania art. 26 ust. 3 p.z.p. - wezwania wykonawcy do*

uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, których pierwotnie, wraz z wnioskiem lub ofertą, nie przedłożył.”

Zamawiający wskazał, że nie wzywa się wykonawców, którzy już złożyli dokumenty, przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy wykonawców, którzy nie przedłożyli dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków w postępowaniu, a nie złożyli dokumenty niepotwierdzające spełnianie warunków.

Co do zasady zamawiający ma obowiązek zwrócenia się o uzupełnienie przez wykonawców zarówno dokumentów, jak i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań zamawiającego w każdym przypadku, gdy stwierdzi on brak któregokolwiek z nich. Należy przyjąć, że sytuacja ta dotyczy zarówno dokumentów i oświadczeń niezłożonych przez wykonawcę, jak i złożonych nieprawidłowo. W przypadku dokumentów złożonych nieprawidłowo wykonawca nie złożył dokumentów, jakich żądał zamawiający, a więc np. wystawionych w odpowiedniej dacie. Z punktu widzenia prawidłowości postępowania dla zamawiającego dokumenty takie nie mają znaczenia. Ponadto uzupełnianie powinno dotyczyć nie tylko dokumentów wystawianych przez odpowiednie organy (dokumenty urzędowe), lecz także dokumentów sporządzanych samodzielnie przez wykonawcę - oświadczeń, wykazów, informacji (dokumenty prywatne). W tym kontekście norma wskazująca na możliwość uzupełniania dokumentów zawierających błędy zdaje się nie mieć szerszego praktycznego znaczenia. Będzie dotyczył wyłącznie sytuacji, w których dokument obarczony jest błędem faktycznym lub formalnym (Małgorzata Stachowiak, tytuł: Komentarz do art.26 ustawy - Prawo zamówień publicznych, Stan prawny: 2014.30.19, Lex 201).

W kontekście dokumentów odnoszących się do przedmiotu zamówienia warto zauważyć, że instytucja uzupełniania dokumentów nie może prowadzić do zmiany treści oferty. Artykuł 87 ust. 1 ustawy Pzp wyraźnie stanowi, że niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmian w jej treści innych niż poprawienie oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych. Uzupełnienie dokumentów potwierdzających cechy oferowanych produktów, usług czy robót budowlanych nie może więc prowadzić do zmiany treści złożonej przez wykonawcę oferty. Przez przedstawienie dodatkowych dokumentów nie może dojść w postępowaniu do zmiany zaoferowanego produktu, usługi czy sposobu wykonania robót budowlanych, byłoby to bowiem złamaniem normy wyrażonej w art. 87 ust.1. Powyższe wywody wskazują jednoznacznie, że zamawiający nie mógł wezwać wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ad III. Do tego zarzutu wykonawcy aktualne są wywody dotyczące Ad II.

Zamawiający nie był upoważniony do wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z uwagi na zakaz prowadzenia między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie zmian w jej treści innych niż poprawienie oczywistych omyłek pisarskich oraz omyłek rachunkowych.

Zamawiający był zobligowany do unieważnienia postępowania, gdyż nastąpiła przesłanka wymieniona w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, która zobowiązuje zamawiającego do unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy po jego przeprowadzeniu okaże się, że brak jest jakichkolwiek ofert niepodlegających odrzuceniu. Unieważnienie postępowania będzie miało miejsce w sytuacji, gdy nie została złożona żadna oferta lub zostały co prawda złożone oferty, ale wszystkie podlegają odrzuceniu ze względu na wady oferty lub zostały złożone przez wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu i zostali z niego wykluczeni (ofertę takiego wykonawcy uznaje się za odrzuconą - art. 24 ust. 4).

Wobec powyższego odwołanie podlega oddaleniu w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołujący spełnia przesłanki, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, jest wykonawcą, który złożył ofertę m.in. w IV części przedmiotu zamówienia, której dotyczy odwołanie i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie podlega uwzględnieniu, jako zasadne wobec czynności zamawiającego polegających na wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu jego oferty za odrzuconą, a w konsekwencji unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia, w sytuacji zaniechania zastosowania ustawowego trybu uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Przepis art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Zamawiający zobowiązany jest opisać w SIWZ warunki udziału w postępowaniu oraz zamieścić opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków i wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 Pzp).

Oświadczenia lub dokumenty niezbędne do przeprowadzenia postępowania, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 25 ust. 1 pkt 1

Pzp).

Przepis art. 26 ust. 3 Pzp zobowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 2 pkt 4 i ust. 4 Pzp).

Jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu, przepis art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp zobowiązuje zamawiającego do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający opisał w SIWZ warunek udziału wykonawców w postępowaniu dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zamieszczając w rozdziale VII ust. 2 pkt 2 lit. c wykaz wymaganego profesjonalnego sprzętu - w ośmiu pozycjach oznaczonych punktami (*treść pierwotna SIWZ oraz uzupełniona w wyniku udzielonych wyjaśnień i dokonanej modyfikacji w dniu 7 sierpnia 2015 r.*).

W ostatniej (ósmej pozycji) zamawiający opisał: „*samobieżne pługi do odśnieżania, zawieszane pługi do odśnieżania, posypywarki, dmuchawy do odśnieżania, inne w zależności od potrzeb.*”

W wykazie sprzętu sporządzonym wg wzoru załącznika nr 13 do SIWZ załączonym do oferty - str. 92, tabela b, pozycja 4 - odwołujący podał ilość sprzętu „8” uznając, że każdy z punktów wskazanych w opisie warunku technicznego wskazuje jeden rodzaj wymaganego sprzętu, a więc - „*samobieżne pługi do odśnieżania, zawieszane pługi do odśnieżania, posypywarki, dmuchawy do odśnieżania, inne w zależności od potrzeb*” - to jeden rodzaj sprzętu, co pozwoliło mu na zaoferowanie 8 sztuk sprzętu przy uwzględnieniu 2 sztuk na każdą z czterech części przedmiotu zamówienia, na które złożył ofertę.

Zamawiający przyjmując, że: opis „*samobieżne pługi do odśnieżania, zawieszane pługi do odśnieżania, posypywarki, dmuchawy do odśnieżania, inne w zależności od*

potrzeb” przedstawia 4 rodzaje sprzętu, to przy uwzględnieniu wymogu zaoferowania po 2 sztuki sprzętu na każdą część przedmiotu zamówienia, odwołujący powinien zaoferować łącznie 32 sztuki sprzętu

- uznał, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, wykluczył odwołującego z postępowania ze skutkiem uznania oferty za odrzuconą i wobec wyeliminowania z postępowania drugiego wykonawcy, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia (IV część przedmiotu zamówienia).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (Ad1) argumentował, że odwołujący:

-„użył błędnej interpretacji zapisów języka polskiego, bez uwzględnienia interpunkcji i logiki prawniczej;

-pozycja „samobieżne pługi do odśnieżania, zawieszane pługi do odśnieżania, posypywarki, dmuchawy do odśnieżania” zostały kolejno wymienione po przecinku co oznacza, że każdy wymieniony sprzęt jest wymagany;

-zamawiający przy pozycji „kosi/wyka szarki spalinowe” użył znaku ”/” znaczącego „inaczej”, „lub”, więc w tym przypadku wystarczy dwa rodzaje któregoś ze wskazanych sprzętów (dla jednej części)”.

Na rozprawie zamawiający wyjaśnił, że treść SIWZ nie budziła wątpliwości wykonawców, jedynie odwołujący zinterpretował treść SIWZ w sposób wynikający z jego oferty i wniesionego odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba uznała, że wyraz „rodzaj” zamieszczony w opisie wymagań zamawiającego w zakresie sprzętu - „profesjonalny sprzęt w ilości minimum 2 sztuk każdego rodzaju”, należy rozumieć zgodnie ze znaczeniem, jako kategorii systematycznej obejmującej gatunek, czy też grupę gatunków, wyróżnionych na podstawie jednej czy wielu cech funkcjonalnych.

Stąd Izba przychyliła się do stanowiska zamawiającego (odpowieź na odwołanie i na rozprawie), że kwestionowany opis wskazuje odmienne funkcje i zastosowanie poszczególnych sprzętów: *„Sprzęty te nie są równoważne i nie służą do wykonywania tych samych czynności (...) skutki ich użycia są różne. Jedynie co je łączy to fakt, że są wykorzystywane w sezonie zimowym.”*

Oceniając spór w tych kategoriach należało uznać, że odwołujący zaoferował niewystarczającą ilość sprzętu. Zaoferowanie sprzętu do wykonania zamówienia, zgodnie z opisem zamieszczonym w SIWZ, jest potwierdzeniem spełnienia warunku udziału wykonawcy w postępowaniu dotyczącym dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, należy więc do kategorii oświadczeń lub dokumentów, o których stanowi

przepis art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Złożenie wymaganych przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, które nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu, jest równoznaczne ze złożeniem oświadczeń i dokumentów zawierających błędy, co skutkuje wezwaniem wykonawcy do ich złożenia, na podstawie przepisów wskazanego art. 26 ust. 3 Pzp.

Izba nie podzieliła stanowiska zamawiającego co do przesłanek stosowania przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. W doktrynie i orzecznictwie ugruntowano jednoznaczne stanowisko w tej kwestii.

Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu bez uprzedniego zastosowania procedury z art. 26 ust. 3 Pzp.

Skoro wykluczenie odwołującego z postępowania nastąpiło bez uprzedniego wezwania do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, niezasadne było uznanie oferty odwołującego za odrzuconą oraz, że zostały spełnione przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Izba uwzględniła odwołanie orzekając jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp, obciążając zamawiającego stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła - zgodnie z § 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238) - koszty wpisu uiszczonego przez odwołującego w kwocie 15 000,00 zł. Izba nie uwzględniła wniosku odwołującego o zasądzenie kwoty 3 600 zł na podstawie przedłożonego dokumentu, gdyż nie odpowiada on wymaganiom rachunku.

Przewodniczący: