

WYROK

z dnia 21 maja 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 maja 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 maja 2014 r. przez wykonawcę **K..... S.....**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **P.W. „Stachoń”, K..... S..... w Zakopanem**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tatrzański Park Narodowy w Zakopanem**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonanie czynności badania i oceny oświadczeń i dokumentów składanych przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, z uwzględnieniem okoliczności wskazanych w uzasadnieniu**
2. **kosztami postępowania obciąża Tatrzański Park Narodowy w Zakopanem i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10.000 zł 00 gr (słownie: dziesięciu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.W. „Stachoń”, K..... S..... w Zakopanem tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Tatrzańskiego Parku Narodowego w Zakopanem na rzecz wykonawcy K..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.W. „Stachoń”, K..... S..... w Zakopanem kwotę 13.600 zł 00 gr (słownie: trzynastu tysięcy sześćuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tatrzański Park Narodowy w Zakopanem - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „Zmniejszenie presji turystycznej na gatunki i siedliska na obszarze PLC 120001 Tatry poprzez:

a) wykonanie prac terenowych polegających na modernizacji szlaków turystycznych: szlak czerwony Przełęcz Siodło - Wyżna Kondracka Przełęcz (960 m), szlak niebieski Kobylarzowy Żleb - Małołączniak (1702 m), szlak żółty Przełęcz Kondracka - Kopa Kondracka (1276 m), szlak czerwony Piec - Przełęcz pod Kopą Kondracką (5616 m), szlak czarny, Czerwona Przełęcz - Sarnia Skąła (514 m), o łącznej długości 10068 m

b) wykonanie zabudowy przeciwozyjnej i restytucji roślinności w sąsiedztwie szlaków turystycznych: szlak czerwony Przełęcz Siodło - Wyżna Kondracka Przełęcz, szlak niebieski Kobylarzowy Żleb - Małołączniak, szlak żółty Przełęcz Kondracka - Kopa Kondracka , szlak czerwony Piec - Przełęcz pod Kopą Kondracką (5616 m), szlak czarny Czerwona Przełęcz - Sarnia Skąła, o łącznej powierzchni 5,92 ha”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 marca 2014 r. poz. 95250.

W dniu 5 maja 2014 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę K..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.W. „Stachoń”, K..... S..... w Zakopanem, zwanego dalej „odwołującym”, o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu oraz o odrzuceniu złożonej przez niego oferty, a także o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę J..... Ł....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.B „Eco-Rem” J..... Ł.....”.

W dniu 9 maja 2014 r. odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia złożonej przez niego oferty. Zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności wykluczenia odwołującego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez niezgodne z prawem dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów, w szczególności wykazu robót i dowodów, że roboty zostały wykonane należycie,

- 4) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania odwołującego do złożenia wymaganych dokumentów na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia,
- 5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez niegodne z prawem dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego,
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w jej trakcie:
 - a) nakazanie zamawiającemu dokonanie czynności wezwania odwołującego do wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia,
 - b) względnie nakazanie zamawiającemu dokonanie czynności wezwania odwołującego do złożenia dokumentów, jeżeli wyjaśnienia będą niewystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu lub będą wskazywały na niespełnianie tego warunku,
- 5) dokonania czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że zamawiający zaniechał czynności precyzyjnego wezwania odwołującego zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, jak również wezwania do uzupełnienia dokumentów w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyby w wyniku wyjaśnień okazało się, że dokumenty odwołującego nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zatem brak jest podstaw do stwierdzenia, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, gdyż wykluczenie wykonawcy z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp musi być poprzedzone co najmniej jednokrotnym, prawidłowym i precyzyjnym wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że zamawiający dnia 07.04.2014 r. wezwał go do uzupełnienia dokumentów tj. dowodu (np. referencji) dotyczącego najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odwołujący uzupełnił powyższy dokument w terminie tj. poświadczenie wystawione przez Zamawiającego Babiogórskiego Parku Narodowego z siedzibą w Zawoi, na rzecz którego wykonywana była robota budowlana wskazana w wykazie robót. Dnia 29.04.2014 r. Zamawiający wezwał

odwołującego do udzielenia wyjaśnień, czy posiada inny dokument niż złożony w ww. postępowaniu (poświadczenie wydane przez Babiogórski Park Narodowy) dotyczący remontu szlaków. Zgodnie z treścią niniejszego wezwania, jeśli odwołujący posiadałby inny dokument zobowiązany był do jego przedłożenia. W odpowiedzi na to wezwanie odwołujący poinformował zamawiającego, że nie posiada innego dokumentu. W ocenie odwołującego poświadczenie jakie przedłożył w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów, było dokumentem spełniającym wymogi ustawy Pzp i Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013, poz. 231). Wywiódł, że pozyskanie przez zamawiającego informacji od zleceniodawcy robót – tj. Babiogórskiego Parku Narodowego nastąpiło z naruszeniem art. 26 ust.4 ustawy Pzp, bowiem jeśli zamawiający ma wątpliwości co treści dokumentu jakim jest wykaz robót czy dowody, powinien w pierwszej kolejności wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień w tym zakresie. Zamawiający zaniechał tej czynności, odbierając tym samym prawo odwołującemu rozwiania wątpliwości zamawiającego. Z wezwania z dnia 29.04.2014 r. w żaden sposób nie można wywnioskować jakie wątpliwości zamawiającego budzi poświadczenie wystawione przez Babiogórski Park Narodowy, bowiem zamawiający nie określił jasno i precyzyjnie jakie błędy zawiera poświadczenie robót.

Ponadto, jeżeli zamawiający stwierdził brak potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez odwołującego w zakresie wiedzy i doświadczenia na podstawie dołączonego do oferty wykazu robót, winien wezwać go na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, gdyż dołączone do oferty dokumenty, które nie potwierdzają warunku, należy traktować, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem i doktryną, jako zawierające błędy.

Odwołujący wywiódł, że w myśl opisanego w SIWZ warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia, wykonawca miał wykazać się doświadczeniem w wykonaniu co najmniej jednej roboty budowlanej wykonanej w okresie ostatnich pięciu lat o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia czyli remoncie szlaków, dróg leśnych stanowiących części szlaków, na obszarach parków narodowych, rezerwatów przyrody parków krajobrazowych lub innych form ochrony przyrody wynikających z ustawy o ochronie przyrody, o wartości minimum 500 000,00 zł brutto. Przywołał definicję słownikową pojęcia „szlak” oraz definicję tego pojęcia „szlak turystyczny” wynikającą z instrukcji znakowania szlaków PTTK.

Odwołujący argumentował, że na potwierdzenie ww. warunku przedłożył wykaz robót, z którego wynika, że w okresie od 01.09.2013 do 15.11.2013 wykonywał na rzecz Babiogórskiego Parku Narodowego z siedzibą w Zawoi remont drogi leśnej w części szlaku na obszarze Babiogórskiego Parku Narodowego o wartości brutto: 928 170,67. Z poświadczenia wystawionego przez B.P.N. wynika, że odwołujący realizował zadanie

inwestycyjne w ramach umowy nr 115/2013 z dnia 28.08.2013 r., na terenie Babiogórskiego P.N. pn. remont dróg leśnych spełniających funkcję dojazdów ppoż. do obszarów leśnych BgPN. ww. roboty budowlane były wykonywane na obszarze parku narodowego i są o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia. Nadto część remontowanej drogi leśnej przebiega przez szlak turystyczny- ścieżkę edukacyjną, odpowiednio oznakowaną przez Park. Szlak jest oznaczony za pomocą trzech przylegających do siebie poziomych pasków, umieszczonych na drzewie - dwa zewnętrzne są barwy białej, natomiast środkowy jest koloru niebieskiego. Dodatkowo przy szlaku umieszczona jest tablica informacyjna, zawierająca m.in. taką treść: „ścieżka edukacyjna Jak chronimy babiogórską przyrodę Ochrona częściowa wspomagająca”.

Odwołujący dokonał porównania między wykonanymi robotami na rzecz Babiogórskiego Parku Narodowego a robotami objętymi przedmiotowym postępowaniem. I tak:

1. Roboty ciesielskie

Zamawiający: Roboty ciesielskie - wykonywanie robót z drewna - wzmocnienia szlaków schodów, przepusty i wodospusty drewniane.

Babiogórski Park Narodowy (BPN): W ramach robót wykonywane były wodospusty drewniane, wzmocnienia skarp i przepustów o konstrukcji drewnianej z drewna okrągłego z wyrębami - zabudowa kaszycowa z bali drewnianych

2. Wzmocnienia gruntu tkaninami - o charakterze ochronnym i przeciwoerozyjnym

Zamawiający: Wykonanie powierzchni deptanej z mat jutowych i układanie powierzchni z mat jutowych.

BPN: w ramach zadania wykonywano warstwy wzmacniające grunt pod warstwy technologiczne (nawierzchnie z kamienia, tłucznia i pospółki) z geowłókniny materiałowej - o charakterze zabezpieczającym i przeciwoerozyjnym.

3. Wykonywanie wzmocnień i zabezpieczeń skarp oraz nasypów kamiennych

Zamawiający: Wykonanie kamiennej nawierzchni deptanej i schodów kamiennych

BPN: Wykonywano nadwodne narzuty kamienne - wyloty i wloty przepustów kamiennych (roboty wymagały układanie kamieni ręcznie). Wykonywano bruk z kamienia naturalnego, średniego na koronach budowli o powierzchniach sferycznych wraz ze spoinowaniem - układanie dróg i ciągów komunikacyjnych w znacznym stopniu ręcznie.

4. Wykonywanie dogęszczeń gruntu pod konstrukcje kamienne Zamawiający: Warstwowe dogęszczanie gruntu

BPN: W ramach zlecenia wykonywano warstwowo zagęszczenia i dogęszczenia gruntu mechanicznie oraz w miejscach o utrudnionym dostępie ręcznie pod nawierzchnię dróg i ciągów komunikacyjnych oraz miejsc wykonywania elementów konstrukcyjnych (wyloty cieków wodnych, przepustów, kaszyc, itp.).

Nie można tym samym zgodzić się ze stwierdzeniem zamawiającego, wyrażonym w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej, jakoby kody CPV wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu przez Babiogórski Park Narodowy a kody CPV wskazane w opisie przedmiotu zamówienia stanowiły podstawę do uznania, że roboty wykonane przez odwołującego nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W dalszej części odwołania odwołujący odniósł się do uzasadnienia rozstrzygnięcia zamawiającego, w której zamawiający wskazał, że odwołujący w kosztorysie ofertowym pominął całkowicie wycenę trzech pozycji zawartych w przedmiarze robót objętych dokumentacją projektowo- kosztorysową, co uniemożliwi rozliczenie wykonania tych robót. Wywiódł, że stwierdzenie to jest całkowicie niezasadne, bowiem zgodnie ze złożonymi wyjaśnieniami z dnia 09.04.2014 w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 07.04.2014, roboty ujęte w poz. 1.6, 1.15 oraz 1.24 zostały uwzględnione w cenie całkowitej tj. 2 090 230,64 zł. Nadto, stosując się do postanowień SIWZ, odwołujący sporządził kosztorys na podstawie załączonego przez zamawiającego przedmiaru - zał. nr 1 do oferty (pkt VI.2.h siwz). Natomiast załącznik ten nie zawierał pozycji 1.6, 1.15 oraz 1.24 (są one zupełnie pominięte). Jednakże dochowując należytej staranności, po zapoznaniu się z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym zał. nr 1 i 2 do SIWZ, odwołujący w kalkulacji swojej oferty uwzględnił wszystkie roboty ujęte w opisie przedmiotu zamówienia. Wywiódł, że wynagrodzenie w przedmiotowym postępowaniu jest wynagrodzeniem ryczałtowym, na co wskazuje opis sposobu obliczenia ceny zawarty w pkt VIII SIWZ, jak również postanowienia dotyczące wynagrodzenia, określone w projekcie umowy stanowiącej załącznik nr 7 do oferty, obowiązek obliczenia ceny oferty na podstawie przedmiaru robót oznacza tyle tylko, iż podstawą - bazą wyjściową obliczeń wykonawcy jest przedmiar, co jednocześnie nie może być utożsamione z zakazem uwzględnienia przez wykonawcę jego własnych założeń kalkulacyjnych. Ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej, przy wyraźnej lub dorozumianej zgodzie stron na to, że wykonawca nie będzie domagać się wynagrodzenia wyższego. Zatem twierdzenia zamawiającego, że nie będzie można rozliczyć wykonania robót są całkowicie niezasadne.

Zamawiający w trakcie rozprawy złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, ofertę złożoną przez odwołującego, wezwania zamawiającego z 7 kwietnia i 29 kwietnia 2014 r. skierowane do odwołującego, pisma składane przez odwołującego z 9

kwietnia i 30 kwietnia 2014 r. stanowiące odpowiedzi na ww. wezwania wraz z załącznikami, pismo zamawiającego z 29 kwietnia 2014 r. skierowane do dyrekcji Babiogórskiego Parku Narodowego, odpowiedź dyrekcji Babiogórskiego Parku Narodowego na ww. pismo z 30.04.2014 r., pismo zamawiającego zawierające rozstrzygnięcie postępowania datowane na 30.04.2014 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W dalszej kolejności stwierdzono, że do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło wprawdzie zgłoszenie przystąpienia do postępowania po stronie zamawiającego wykonawcy J..... Ł....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U.B „Eco-Rem” J..... Ł....., jednakże wniesione po terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Stosownie do przywoływanego przepisu *Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.*

Jak wynikało z dokumentacji postępowania przesłanej przez zamawiającego, a co potwierdził również na posiedzeniu zgłaszający przystąpienie, zamawiający kopię odwołania wraz z wezwaniem do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego doręczył temu wykonawcy w dniu 9 maja 2013 r., co ten pokwitował. Tym samym z ww. chwilą rozpoczął bieg termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego. Termin na zgłoszenie przystąpienia upłynął wykonawcy w dniu 12 maja 2014 r. Tymczasem zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dopiero w dniu 14 maja 2014 roku (prezentata Krajowej Izby Odwoławczej na zgłoszeniu przystąpienia z adnotacją o wpływie pisma). Wskazać w tym miejscu należy, że dla zachowania terminu zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego znaczenie ma data doręczenia zgłoszenia do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w jednej z form wskazanych w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Wprawdzie pismo ze zgłoszeniem przystąpienia zostało nadane na pocztę w dniu 12 maja 2014 r. (stempel na kopercie), jednakże ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych wyraźnie nie łączy żadnych skutków z nadaniem zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w placówce pocztowej operatora wyznaczonego, inaczej niż w przypadku

innych pism (por. przykładowo przepis art. 198b ust. 2 ustawy Pzp, który ze złożeniem skargi na orzeczenie Izby w takiej placówce łączy skutki wniesienia skargi do sądu). A zatem z nadaniem zgłoszenia przystąpienia w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w dniu 12 maja 2014 r. nie można było łączyć skutków wniesienia pisma do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Powyższe stanowisko jest ugruntowane i prezentowane jednolicie w orzecznictwie Izby. Prawdliwość tego stanowiska, na tle analogicznych przepisów ustawy Pzp dotyczących wniesienia odwołania, potwierdza również uchwała Sądu Najwyższego z 7 lutego 2014 r., sygn. akt II CZP 90/13, w której stwierdził, że nie ma znaczenia dla zachowania terminu do wniesienia odwołania okoliczność, kiedy pismo z odwołaniem zostanie złożone w placówce operatora wyznaczonego.

Izba stwierdziła, że wobec otrzymania w dniu 9 maja 2014 roku kopii odwołania wraz wezwaniem do udziału w postępowaniu odwoławczym, wniesione w dniu 14 maja 2014 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przez wykonawcę J..... Ł..... zostało wniesione z uchybieniem ustawowego 3 - dniowego terminu do jego wniesienia i skutkuje niedopuszczeniem do udziału w postępowaniu odwoławczym zgłaszającego przystąpienie. W konsekwencji wykonawca ten nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Niezachowanie terminu dla zgłoszenia przystąpienia skutkowało wygaśnięciem prawa do wniesienia tego środka ochrony prawnej, gdyż termin określony w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp ma charakter terminu zawitego i nie podlega przywróceniu.

Stwierdzono zatem, że w terminie określonym w art. 185 ust. 2 ustawy Pzp żaden wykonawca nie zgłosił Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Podzielono tym samym, wielokrotnie wyrażany w orzecznictwie Izby pogląd, iż *Brak skutecznego, tj. zgodnego z art. 185 ust. 2 p.z.p., zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego należy traktować jako brak przystąpienia w terminie opisanego w art. 186 ust. 2 ustawy. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu odwoławczym nie brał udziału żaden wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego (tak m.in. postanowienie KIO z dnia 6 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 348/10.*

W dalszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Oferta odwołującego była – w świetle kryteriów oceny ofert - ofertą korzystniejszą od oferty wybranej przez zamawiającego. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy wykluczył odwołującego i odrzucił jego ofertę, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu unieważnienia tych czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustalono, że zamawiający zgodnie z art. 22 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp opisał w SIWZ warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, jaki musieli wykazać wykonawcy aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający wskazał w pkt V. 1 ppkt 2 SIWZ, iż *Wykonawca spełni powyższy warunek, jeśli przedstawi wykaz co najmniej jednej roboty budowlanej wykonanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem rodzaju, wartości, przedmiotu, dat i miejsca wykonania oraz załączenia dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, o charakterze zgodnym z przedmiotem zamówienia czyli remont szlaków, dróg leśnych stanowiących części szlaków, na obszarach parków narodowych, rezerwatów przyrody parków krajobrazowych lub innych form ochrony przyrody wynikających z Ustawy o ochronie przyrody, o wartości minimum 500 000.00 zł. brutto (pięćset tys. zł).*

W pkt V.2 SIWZ zastrzeżono, że *Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.*

Ustalono nadto, że w Rozdziale VI SIWZ pkt 2.d wskazano, iż *W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, należy złożyć następujące dokumenty:*

Wykaz co najmniej jednej roboty budowlanej wykonanej w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem rodzaju, wartości, przedmiotu, dat i miejsca wykonania oraz załączenia dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone - zał. nr 6 do oferty.

Dowodami o których mowa wyżej są: poświadczenia wymienione w ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane. Wykazane roboty muszą mieć charakter zgodny z przedmiotem zamówienia czyli remont szlaków, dróg leśnych stanowiących części szlaków, na obszarach parków narodowych, rezerwatów przyrody parków krajobrazowych lub innych form ochrony przyrody wynikających z Ustawy o ochronie przyrody, o wartości minimum 500 000.00 zł. brutto (pięćset tyś. zł) ..

Ponadto ustalono, że w pkt VI. 2 h SIWZ zastrzeżono, że wykonawca obowiązany jest złożyć kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonego przedmiaru na zał. Nr 1 do oferty. We wzorze załącznika nr 1 do oferty zamawiający nie wymienił pozycji 1.6, 1.15, 1.24. W specyfikacji technicznej wykonania robót oraz przedmiarze robót, stanowiących odpowiednio załączniki nr 1 i 2 do SIWZ, ujęto pozycje 1.6, 1.15., 1.24.

W dalszej kolejności ustalono, że odwołujący złożył wraz z ofertą wykaz robót, w którym powołał się na wiedzę i doświadczenie przy realizacji robót budowlanych polegających na remoncie drogi leśnej w części szlaku, na obszarze Babiogórskiego Parku Narodowego w okresie od 1.09.2013 r. do 15.11.2013 r., na rzecz Babiogórskiego Parku Narodowego, o wartości brutto 928.170,67 zł.

Odwołujący nie załączył do wykazu dowodu potwierdzającego należyte wykonanie roboty wymienionej w wykazie.

Odwołujący załączył do oferty kosztorys ofertowy, w którym nie ujęto robót opisanych w pozycjach 1.6, 1.15, 1.24 przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.

Pismem z dnia 7 kwietnia 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie dowodu (np. referencji) dotyczącego najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W tym samym piśmie

zamawiający wskazał, że kosztorys ofertowy (stanowiący załącznik nr 1 do oferty), zgodnie z zapisami SIWZ należało sporządzić na podstawie dołączonego przedmiaru robót, stanowiącego załącznik nr 1 do oferty. Wskazał, że w złożonej ofercie odwołujący nie uwzględnił pozycji 1.6, 1.15 oraz 1.24 zawartych w przedmiarze robót. Wezwał do wyjaśnienia, czy roboty ujęte w tych pozycjach zawarte są w ogólnej kwocie sporządzonej przez odwołującego oferty.

W odpowiedzi na ww. pismo odwołujący, pismem z dnia 9 kwietnia 2014 r., złożył wyjaśnienia, w których oświadczył, że roboty ujęte w poz. 1.6, 1.15 oraz 1.24, które były zawarte w przedmiarze robót, zostały wliczone do ogólnej kwoty ofertowej.

Do wyjaśnień załączono poświadczenie z 2.4.2014 r. wystawione przez Babiogórski Park Narodowy, w którym dyrekcja stwierdza, że odwołujący realizował zadanie inwestycyjne w ramach umowy 115/2013 z dnia 28.08.2013 r. na terenie Babiogórskiego P.N. pn. remoncie dróg leśnych spełniających funkcję dojazdów ppoż. do obszarów leśnych BgPN, w dwóch częściach, tj. Remont drogi leśnej: profilowanie, remont urządzeń odwadniających, montaż przepustu, wykonanie nawierzchni tłuczniowej, o długości 1,5 km, wartość brutto 842.071,44 zł, zaś prace wykonano zgodnie z zasadami sztuki budowlanej.

Ponadto do wyjaśnień załączono zobowiązanie wystawione przez S..... J..... i S..... L....., Walor s.c. z 3.4.2014 r., w którym wystawca zobowiązuje się oddać do dyspozycji odwołującego posiadana wiedzę i doświadczenie niezbędne do realizacji zamówienia. Załączono nadto referencje wystawione przez Karkonoski Park Narodowy z 26.2.2013 r., w których zaświadcza się, że Walor s.c. zrealizowała terminowo i zgodnie z wymogami technicznymi zadanie „terenowe prace remontowe – szlak czerwony przez Kocioł Łomniczki”.

Ustalono ponadto, że pismem z 29 kwietnia 2014 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie, czy odwołujący posiada inny dokument niż złożony w ww. postępowaniu dotyczący remontu szlaków. Jeśli tak, to prosimy o przedłożenie takiego dokumentu.

W odpowiedzi na ww. pismo, odwołujący pismem z dnia 30 kwietnia 2014 r. wyjaśnił, że nie posiada innego poświadczenia. W przetargu zostało złożone poświadczenie wydane przez B.P.N. oraz zobowiązanie udostępnienia wiedzy i doświadczenia przez Walor s.c.

Ustalono nadto, że pismem z dnia 29 kwietnia 2014 r. zamawiający zwrócił się do dyrekcji Babiogórskiego Parku Narodowego o informację, jaka długość dróg ppoż. Remontowanych przez odwołującego w przetargu S-35-351-2/2013/2014 nr umowy 115/2013 jest zarazem szlakiem turystycznym. W odpowiedzi na ww. prośbę dyrekcja Babiogórskiego Parku Narodowego w piśmie z dnia 30 kwietnia 2014 r. oświadczyła, że na odcinku o długości 1,5 km remontowanym przez odwołującego nie był remontowany szlak

turystyczny. Całość zakresu prac dotyczyła drogi leśnej spełniającej funkcję dojazdów ppoż. do obszarów leśnych BgPN.

W dniu 5 maja 2014 r. (pismem datowanym na 30 kwietnia 2014 r.), zamawiający zawiadomił odwołującego, że został wykluczony z udziału w postępowaniu, a jego ofertę odrzucono. Zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie swej czynności:

Przedstawione w poświadczeniu wykonane prace nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia z następujących powodów:

- 1. W poświadczeniu Babiogórski PN stwierdza, że jest to remont drogi leśnej spełniającej funkcję dojazdu ppoż. do obszarów leśnych.*
- 2. Kody CPV dla ww. robót podano w załączonych do notatki ogłoszeniach w Biuletynie ZP.
-45233120-6 roboty w zakresie budowy dróg
- 45233140-2 roboty drogowe
Wg zamawiającego powinno być
- 45000000-7 roboty budowlane
- 45236290-9 naprawa terenów rekreacyjnych
45262510-9 roboty kamieniarskie
45422000-1 roboty ciesielskie*
- 3. Babiogórski Park Narodowy stwierdził, że remontowane przez firmę Stachoń drogi ppoż nie są szlakami turystycznymi.*
- 4. W kosztorysie ofertowym firma Stachoń pominęła całkowicie wycenę trzech pozycji zawartych w przedmiarze robót objętych dokumentacją projektowo-kosztorysową co uniemożliwi rozliczenie wykonania tych robót.*

Z powyższego wynika, że firma Stachoń nie wykonywała prac polegających na remoncie szlaków, dróg leśnych stanowiących części szlaków, co oznacza, że nie posiada wiedzy i doświadczenia w wykonywaniu przedmiotowego zamówienia, a tym samym nie wykazała spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że obowiązkiem zamawiającego wynikającym z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest uzasadnienie faktyczne i prawne czynności polegającej na wykluczeniu wykonawcy z udziału w postępowaniu. Taka czynność może być kwestionowana w drodze środka ochrony prawnej w postaci odwołania (art. 179 i n. ustawy Pzp). Odwołanie wobec czynności zamawiającego wnoszone jest w terminach zawitych określonych w art. 182 ustawy Pzp, co oznacza, że zarzuty nie mogą być podnoszone po tym terminie. Ponadto w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp – Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Taka regulacja prawna, w ślad za dotychczasowym orzecznictwem Izby, Sądów Okręgowych oraz Trybunału Sprawiedliwości UE, przesądza, że uzasadnienie wykluczenia wykonawcy – czy też odrzucenia jego oferty – ma doniosły charakter. Warunkuje bowiem zakres składanych przez wykonawcę środków ochrony prawnej, gdyż w oparciu o jego treść wykonawca formułuje zarzuty i wskazuje ich uzasadnienie. Należy wskazać, że sformułowane na etapie składania odwołania zarzuty są jedynymi jakie mogą być rozstrzygane przez Izbę, związaną Izby granicami zarzutów odwołania ma bezpośrednie znaczenie dla umożliwienia wykonawcom zachowania swoich praw w postępowaniu. Tym samym wykonawca ma pełne prawo aby posiadać pełną wiedzę jakimi przesłankami kierował się zamawiający wykluczając go z postępowania. Ustalenie zarzucanych przez zamawiającego uchybień złożonej oferty nie może być uzależnione od aktywności wykonawcy. Obowiązek wskazania precyzyjnych i wyczerpujących podstaw faktycznych i prawnych wykluczenia wykonawcy z postępowania spoczywa w całości na zamawiającym.

Izba podziela również w całej rozciągłości stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 15 lipca 2011 r., XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy, sygn. akt sygn. akt XXIII Ga 416/11, iż „(...) *Z punktu widzenia Zamawiającego, oznacza to że nie może on zmienić ani rozszerzać podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania po wniesieniu przez tego drugiego odwołania. W świetle związania KIO, Sądu Okręgowego i Odwołującego zarzutami podniesionymi w odwołaniu, sprzeczne z naczelną zasadą postępowania cywilnego, jaką jest zasada równouprawnienia stron, byłoby dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji o wykluczeniu Odwołującego. Wobec związania swoimi zarzutami, Odwołujący nie mógłby bowiem odnieść się do nowych okoliczności przedstawionych przez Zamawiającego, po wniesieniu odwołania. Z tych względów postępowanie Zamawiającego, polegające na przedstawieniu nowych dowodów w odpowiedzi na odwołanie i skardze, nie można traktować jedynie jako rozszerzenia argumentacji zawartej w decyzji o wykluczeniu. Powyższej wykładni nie podważa zasada ekonomiki procesowej ani zasada dyspozycyjności formalnej czyli rozporządzania przez stronę czynnościami procesowymi. Zasady te aczkolwiek ważne, nie mogą mieć charakteru dominującego. Z punktu widzenia naczelnych zasad postępowania cywilnego z pewnością ważniejszą rolę odgrywa zasada równouprawnienia stron a dokładniej zasada równości środków procesowych. Podsumowując, skoro Odwołujący – wykonawca był związany swoimi zarzutami zawartymi w odwołaniu to również Zamawiający był związany podstawą faktyczną decyzji od której to odwołanie wniesiono. Dopuszczenie do rozszerzenia podstawy faktycznej decyzji przez Zamawiającego uniemożliwiłoby jednocześnie Odwołującemu – wykonawcy przedstawienie zarzutów, co do tych nowych okoliczności. Wobec tego dowody zgłoszone przez Zamawiającego jako dotyczące okoliczności związanych z rozszerzoną podstawą faktyczną decyzji o wykluczeniu, nie mogły zostać uwzględnione (...)*”.

Zasadnym wydaje się w tym miejscu przywołanie również wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie C-406/08 Uniplex, który wskazuje, iż: „W tym względzie należy przypomnieć, że zgodnie z art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665 państwa członkowskie są zobowiązane do zapewnienia, iż sprzeczne z prawem decyzje instytucji zamawiających mogą skutecznie i możliwie szybko podlegać odwołaniu. Tymczasem fakt, że kandydat lub oferent dowiadyuje się, że jego kandydatura lub oferta zostały odrzucone nie pozwala mu na skuteczne wniesienie odwołania. Takie informacje nie są wystarczające, aby umożliwić kandydatom lub oferentom wykrycie wystąpienia naruszenia prawa, które może być przedmiotem odwołania. Wyłącznie po poinformowaniu zainteresowanego kandydata lub oferenta o motywach wykluczenia go z postępowania o udzielenie zamówienia, może on nabrać wyraźnego przekonania co do występowania ewentualnego naruszenia obowiązujących przepisów, jak też co do możliwości wniesienia odwołania. Wynika z tego, że cel założony w art. 1 ust. 1 dyrektywy 89/665, jakim jest zagwarantowanie skutecznych środków odwoławczych w razie naruszenia przepisów obowiązujących w zakresie zamówień publicznych, może zostać osiągnięty, wyłącznie jeśli bieg terminów wyznaczonych do wniesienia takich środków odwoławczych rozpoczyna się od dnia, w którym skarżący dowiedział się lub powinien był dowiedzieć się o podnoszonym naruszeniu rzeczonych przepisów”.

Biorąc powyższe rozważania i poglądy pod uwagę, przedmiotem rozpoznania przez Izbę mogły być wyłącznie zarzuty odwołania skierowane przeciwko takiej czynności wykluczenia i odrzucenia, której uzasadnienie przekazano odwołującemu. Izba zbadała zatem uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i rozstrzygnęła, czy zarzuty kierowane przeciwko takiemu rozstrzygnięciu są zasadne.

Analiza uzasadnienia wykluczenia prowadziła do wniosku, że zamawiający zakwestionował doświadczenie odwołującego nabyte przy wykonaniu jednej z dwóch robót, jakie wykonawca przedstawił celem wykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Podkreślenia wymagało, że w uzasadnieniu faktycznym wykluczenia odwołującego zamawiający ani jednym zdaniem nie wskazał, dlaczego nie uznał za potwierdzającą spełnienie warunku inwestycji „terenowe prace remontowe – szlak czerwony przez Kocioł Łomniczki”, zrealizowanej przez S..... J..... i S..... L....., Walor s.c. na rzecz Karkonoskiego Parku Narodowego, na którego wiedzę i doświadczenie powołał się odwołujący składając pisemne zobowiązanie ww. podmiotu i referencje zleceniodawcy. W szczególności zamawiający nie wskazał w uzasadnieniu wykluczenia, że złożone

zobowiązanie nie stanowi wystarczającego dowodu na okoliczność, że odwołujący rzeczywiście będzie mógł korzystać z zasobu wiedzy i doświadczenia firmy Walor s.c.. Dopiero w odpowiedzi na odwołanie zamawiający zwrócił uwagę na zbytnią ogólność zobowiązania oraz na fakt, że podmiot trzeci nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, gdyż odwołujący zdecydował się na wykonywanie zamówienia siłami własnymi. Z przedstawionych wyżej względów Izba nie mogła wziąć pod uwagę rozszerzonej w odpowiedzi na odwołanie podstawy faktycznej wykluczenia odwołującego.

W tej sytuacji Izba zmuszona była uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Niezależnie bowiem od oceny dokumentów złożonych przez odwołującego a dotyczących zrealizowanej przez niego roboty pn. „remont drogi leśnej na obszarze Babiogórskiego Parku Narodowego”, które zamawiający zakwestionował w rozstrzygnięciu o wykluczeniu, zamawiający nie wyjaśnił w swym uzasadnieniu, dlaczego neguje doświadczenie w wykonaniu drugiej z robót.

Wobec powyższego Izba nakazała zamawiającemu wykonanie czynności badania i oceny dokumentów składanych przez odwołującego na potwierdzenie spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że zamawiający słusznie ocenił, iż warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie potwierdza doświadczenie nabyte przez odwołującego przy realizacji roboty realizowanej na rzecz Babiogórskiego Parku Narodowego na podstawie umowy nr 115/2013. Sporna pomiędzy stronami pozostawała okoliczność, czy robota ta miała charakter „remontu szlaku, drogi leśnej stanowiącej część szlaku”, która to okoliczność była istotna w świetle warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt V.1.2. SIWZ.

Zamawiający na okoliczność, że wykonane przez odwołującego roboty nie obejmowały ww. zakresu, złożył oświadczenie dyrekcji Babiogórskiego Parku Narodowego z 30 kwietnia 2014 r., które Izba uznaje za wiarygodne. W piśmie z dnia 30 kwietnia 2014 r. dyrekcja BPN oświadczyła, że na odcinku o długości 1,5 km remontowanym przez odwołującego nie był remontowany szlak turystyczny. Całość zakresu prac dotyczyła drogi leśnej spełniającej funkcję dojazdów ppoż. do obszarów leśnych BgPN. Jak wynikało z ww. pisma inwestor stwierdził w sposób jednoznaczny, że żadna z części prac, jakie wykonał odwołujący, nie dotyczyła szlaku turystycznego. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę okoliczność, że odwołujący zarówno w odwołaniu ani na rozprawie nie przedstawił jakiegokolwiek dowodu, z którego wynikałoby, że remontowane przez niego drogi na rzecz Babiogórskiego Parku Narodowego były szlakami turystycznymi. Zatem oświadczenie odwołującego z odwołania, że część remontowanej drogi leśnej przebiegała przez szlak

turystyczny - ścieżkę edukacyjną, odpowiednio oznakowaną przez Park, pozostało gołosłowne.

Jednakże fakt ten nie stanowił sam przez się wystarczającej podstawy do wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Jak już wyjaśniono wcześniej, odwołujący udokumentował doświadczenie w wykonaniu również innych robót, zaś zamawiający nie uzasadnił dlaczego to doświadczenie kwestionuje.

Izba wskazuje również, że wezwania do uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, jakie zamawiający kierował do odwołującego, w żadnym zakresie nie odnosiły się do opisanego braku, który następnie stanowił podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania. Przesłanka wykluczenia z udziału w postępowaniu określona w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp 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, zaś dopiero w razie nieuzupełnienia tych dokumentów zamawiający jest zobligowany do wykluczenia wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Użyte przez ustawodawcę sformułowanie „wzywa” jednoznacznie wskazuje, że zamawiający ma nie tylko uprawnienie, ale obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów oraz do ich wyjaśnienia. 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 spełnienia 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.). Tak również „Zasadą jest, że wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentu jest czynnością obligacyjną. W każdym przypadku, gdy czynność ta, obiektywnie rzecz biorąc, może doprowadzić do zmiany sytuacji prawnej wykonawcy, tj. wykazania, że spełnia on warunek, zamawiający ma obowiązek takiego wezwania dokonać.” Anita Elżanowska, „Warunki udziału w postępowaniu”, Zamówienia Publiczne. Doradca, 26 marzec 2008 r., LEX 94469/1).

Dostrzeżenia wymaga, że z obowiązku wezwania zamawiającego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu wywodzi się konieczność dochowania precyzji i jednoznaczności w stosownym wezwaniu. Procedura przewidziana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zezwala bowiem na jednokrotne wzywanie wykonawcy do uzupełniania tego samego dokumentu, zaś skutek nieuzupełnienia dokumentów w postaci wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu jest daleko idący. Konieczność precyzyjnego i jednoznacznego żądania obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla wykonawcy (tak m.in. wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2008 r. sygn. akt KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 3 marca 2010 r. sygn. akt KIO/UZP 31/10). Podnieść należy, że szczegółowość wezwania uzależniona jest od okoliczności danego stanu faktycznego. Przykładowo, w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą nie składa żadnych wymaganych dokumentów, wystarczającym może okazać się żądanie ich złożenia w określonym terminie. Jednakże w sytuacji gdy wykonawca wraz z ofertą składa dokumenty w celu spełnienia wymogów określonych w SIWZ, zwłaszcza w sytuacji gdy warunek udziału w postępowaniu jest rozbudowany i składa się na niego wiele przesłanek, takie postępowanie zamawiającego może naruszać przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Izby, w takim przypadku zamawiający winien wskazać które elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i jakie są powody takiej oceny zamawiającego. W przeciwnym wypadku wezwanie do złożenia dokumentów może mieć charakter iluzoryczny.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę należało stwierdzić, że opisanym wyżej wymogom nie odpowiadały wezwania, jakie zamawiający kierował do odwołującego.

W pierwszym piśmie z 7 kwietnia 2014 r. zamawiający ograniczył się jedynie do wezwania odwołującego do uzupełnienia dowodu, który miał potwierdzać fakt należytego

wykonania roboty (np. referencji). Dostrzeżenia wymagało jednak, że niezależnie od braku dowodu, do którego uzupełniania prawidłowo wezwano, w wykazie robót złożonym w ofercie wykonawca oświadczył, że remontował drogę leśną „w części szlaku”. Skoro zamawiający skierował do odwołującego jedynie wezwanie do uzupełnienia referencji, odwołujący miał prawo wnioskować, że okoliczność wykonania przez niego remontu drogi w części szlaku turystycznego, nie jest przez zamawiającego kwestionowana. Taka treść wezwania mogła zaś niewątpliwie wpłynąć na zakres uzupełnianych dokumentów. Jeśliby odwołujący powziął informację, że kwestionowany jest charakter wykonanych robót, mógłby zamiast uzupełniania referencji przedstawić inną wykonaną robotę celem udokumentowania posiadanego przez siebie doświadczenia.

Podobne zastrzeżenia należało sformułować wobec treści wezwania z 29 kwietnia 2014r., jakie zamawiający skierował do odwołującego. Zamawiający zwrócił się do odwołującego o wyjaśnienie, czy odwołujący posiada inny dokument niż złożony w ww. postępowaniu dotyczący remontu szlaków. Wskazał, że jeśli tak, to prosi o przedłożenie takiego dokumentu. Jak wynikało z ww. pisma, zamawiający również i tym razem nie dał wyrazu temu, że uznaje za niewykazany element warunku w postaci konieczności wykonania roboty będącej remontem szlaku lub drogi stanowiącej część szlaku. Jak słusznie wskazał odwołujący, wezwanie do złożenia innego poświadczenia można było odbierać jako kwestionowanie samego dokumentu w postaci referencji.

Reasumując zamawiający zobowiązany będzie ponownie zbadać dokumenty złożone przez odwołującego celem wykazania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Jeżeli zamawiający uzna, że przedstawione mu przez wykonawcę dokumenty dotyczące drugiej inwestycji, to jest „terenowych prac remontowych – szlak czerwony przez Kocioł Łomniczki”, zrealizowanej przez S..... J..... i S..... L....., Walor s.c. na rzecz Karkonoskiego Parku Narodowego, są niekompletne lub nie potwierdzają spełnienia warunku, obowiązany będzie wezwać wykonawcę do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W treści wezwania zamawiający wskaże, dlaczego jego zdaniem złożone dokumenty są nieprawidłowe i które przesłanki warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane, oraz zażąda uzupełnienia brakujących dokumentów w określonym zakresie.

Zasadnym okazał się również zarzut odwołującego dotyczący niezasadnego odrzucenia jego oferty z powodu nieujęcia w kosztorysie ofertowym trzech pozycji przedmiaru robót. Izba stwierdziła, że odwołujący rzeczywiście załączył do oferty kosztorys ofertowy, w którym nie ujęto robót opisanych w pozycjach 1.6, 1.15, 1.24 przedmiaru robót stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Było to niezgodne ze specyfikacją techniczną wykonania robót oraz przedmiarem robót, stanowiącymi odpowiednio załączniki nr 1 i 2 do

SIWZ, w których ujęto sporne pozycje. Dostrzeżenia wymagało jednak, że we wzorze załącznika nr 1 do oferty zamawiający nie wymienił pozycji 1.6, 1.15, 1.24. Niewątpliwie zatem załącznik nr 1 do oferty był sprzeczny z przedmiarem robot i STWiOR. Zaś w świetle postanowienia pkt VI. 2 h SIWZ wykonawca obowiązany był przygotować kosztorys ofertowy sporządzony na podstawie załączonego przedmiaru na zał. Nr 1 do oferty. Skoro zatem zamawiający oczekiwał przedstawienia mu kosztorysu ofertowego na załączniku nr 1 do oferty, który nie zawierał spornych pozycji, to otrzymanie w efekcie kosztorysu przygotowanego na tym wzorze nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy. Izba podkreśla w tym miejscu dobrze już ugruntowany w orzecznictwie zarówno samej Izby jak i Sądów okręgowych pogląd, że niespójne postanowienia SIWZ nie mogą prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, który zastosował się do jednego ze sprzecznych ze sobą wymogów.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, 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.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: