

**WYROK**  
z dnia 4 grudnia 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 grudnia 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 listopada 2014 r. przez **STRABAG Sp. z o.o., 05–800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Generalna Dyrekcja Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, 80–354 Gdańsk, ul. Subisława 5**

przy udziale wykonawcy **Vistal Gdynia S.A., 81–061 Gdynia, ul. Hutnicza 40** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenie wykonawcy Vistal Gdynia S.A., 81–061 Gdynia, ul. Hutnicza 40 z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Generalną Dyrekcję Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, 80– 54 Gdańsk, ul. Subisława 5** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **STRABAG Sp. z o.o., 05 – 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2. zasądza od **Generalnej Dyrekcji Dróg Krajowych i Autostrad Oddział w Gdańsku, 80 – 354 Gdańsk, ul. Subisława 5** na rzecz **STRABAG Sp. z o.o., 05– 800 Pruszków, ul. Parzniewska 10** kwotę **23 600 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

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

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „budowa mostu przez rzekę Nogat w Malborku wraz z dojazdami w ciągu drogi krajowej nr 22 i 55.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 lipca 2014 r. pod numerem 2014/S 125-221830.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania wykluczenia Vistal Gdynia S.A. z siedzibą w Gdyni (dalej „Przystępujący” lub Vistal Gdynia S.A.) i odrzucenia oferty złożonej przez tegoż Wykonawcę. Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez uznanie przez Zamawiającego za dopuszczalne i uprawnione kilkukrotne uzupełnienie przez Przystępującego dokumentów dotyczących spełnienia tego samego warunku udziału w postępowaniu, określonego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”),
2. art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców z uwagi na dokonanie oceny spełnienia przez Vistal Gdynia S.A. warunków udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów uzupełnionych przez Wykonawcę kilkukrotnie, odnośnie spełnienia tego samego warunku udziału w postępowaniu,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia Vistal Gdynia S.A. z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pomimo niespełnienia przez tego Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, określonych w SIWZ,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vistal Gdynia S.A. jako oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania,
5. art. 84 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nieuwzględnianie przez Zamawiającego przy ocenie oferty Vistal Gdynia S.A. okoliczności zmiany przez Wykonawcę treści oferty po upływie terminu składania ofert,
6. art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vistal Gdynia S.A., pomimo zaistnienia przesłanek do uznania jej za niezgodną z ustawą, z uwagi na zmianę jej treści po terminie składania ofert.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Vistal Gdynia S.A. jako najkorzystniejszej,

powtórzenia czynności oceny i badania ofert, wykluczenia Vistal Gdynia S.A. z postępowania, odrzucenia oferty Vistal Gdynia S.A., dokonania ponownego wyboru ofert.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, że Vistal Gdynia S.A. dokonała w niniejszym postępowaniu wielokrotnego, a tym samym niedopuszczalnego w świetle przepisów ustawy Pzp uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na wykazanie spełnienia tego samego warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt 7.2.2. IDW, a Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał tego rodzaju działanie Wykonawcy za dopuszczalne.

Odwołujący podał, że zgodnie z utrwaloną interpretacją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwanie do złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp lub pełnomocnictw, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jest traktowane jako czynność jednokrotna i ponowne wzywanie wykonawcy do uzupełnienia tego samego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie jest dopuszczalne (wyrok KIO z dnia 20 lipca 2012 r., sygn. akt: KIO 1418/12; wyrok KIO z dnia 27 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 27/09; wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08; wyrok KIO z dnia 12 grudnia 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1385/08, KIO/UZP 1398/08; wyrok KIO z dnia 14 października 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 1042/08; wyrok KIO z dnia 18 września 2008 r., sygn. akt: KIO/UZP 950/08, KIO/UZP 949/08, KIO/UZP 934/08, KIO/UZP 933/08, KIO/UZP 926/08).

Dalej Odwołujący zwrócił uwagę, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej podkreślana jest konieczność ścisłego interpretowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w szczególności z uwagi na naczelną zasadę równego traktowania wszystkich wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W tym względzie wskazuje się, że: *„Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument testowania zamawiającego, co do tego jakie dokumenty zamawiający uzna za spełniające warunek. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełniania warunków na dzień składania wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle”* (wyrok KIO z dnia 15 czerwca 2011 r., sygn. akt: KIO 1169/11).

Odwołujący podkreślił również, że biorąc po uwagę zarzuty odwołania, na uwagę zasługuje również pogląd dotyczący wzajemnej relacji przepisu 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Odwołujący podał, że przyjmuje się, iż: *„Wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp nie może służyć do obejścia art. 26 ust 3 pzp, gdyż oba przepisy regulują odrębne instytucje, wzajemnie się uzupełniające, jednak co do zasady - o rozłącznym zakresie zastosowania, tzn. ten sam brak dokumentu podlega jednokrotnemu uzupełnieniu, natomiast dany dokument może być wielokrotnie wyjaśniany, jednak nie może to prowadzić do zmiany treści*

dokumentu w zakresie braku wymagającego uzupełnienia" (wyrok KIO z dnia 9 czerwca 2014 r., sygn. akt: KIO 1020/14; KIO 1055/14).

Odwołujący podkreślił również, że: „*wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia służyć mają natomiast rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu stanowią de facto - jego uzupełnienie*" (wyrok KIO z dnia 13 września 2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1863/10).

Biorąc powyższego pod uwagę, zdaniem Odwołującego, nie ma wątpliwości, że Vistal Gdynia S.A. w sposób sprzeczny z utrwaloną interpretacją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp kilkakrotnie uzupełnił dokumenty i oświadczenia, dotyczące spełnienia tego samego warunku udziału w postępowaniu, tj. posiadania wiedzy i doświadczenia w wykonaniu (zakończenia) obiektu mostowego z zastosowaniem technologii nasuwania podłużnego.

W ocenie Odwołującego, po raz pierwszy uzupełnienie dokumentów i oświadczeń miało miejsce w piśmie z dnia 16 października 2014 r. Uzupełnienie dokumentów nastąpiło na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Po raz drugi dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie spełnienia tego samego warunku zostały uzupełnione po wezwaniu Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 20 października 2014 r., po którym Vistal Gdynia S.A., za pismem z dnia 24 października 2014 r. przedłożył dodatkowe dokumenty i nowy (zmieniony) wykaz robót.

Trzeci raz dokumenty zostały uzupełnione po wezwaniu Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 24 października 2014 r., po których Vistal Gdynia S.A. za pismem z dnia 3 listopada 2014 r., ponownie przedstawił dodatkowe dokumenty na spełnienie tego samego warunku udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że uzupełnienie przez Vistal Gdynia S.A. dokumentów zostało dokonane tylko raz na wezwanie Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (wezwanie z dnia 20 października 2014 r.). Pozostałe przypadki uzupełnienia dokumentów zostały dokonane przez Vistal Gdynia S.A. na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień, co jest sprzeczne z celem wezwania skierowanego do Wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Odwołujący stoi na stanowisku, że niezgodne z art. 26 ust. 3 i ust. 4 ustawy Pzp jest uwzględnienie przez Zamawiającego dokumentów uzupełnionych samodzielnie przez Wykonawcę (tj. na wezwanie do złożenia wyjaśnień) po tym, jak Zamawiający dokonał wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie, zdaniem Odwołującego, decyzja Zamawiającego o wyborze oferty Vistal Gdynia S.A. jako najkorzystniejszej obciążona jest wadą. Wybór oferty dokonany został na podstawie dokumentów, które nie powinny być brane przez

Zamawiającego pod uwagę, gdyż uzupełnione zostały w sposób sprzeczny z ustawą Pzp. Jednocześnie ocena dokumentów i oświadczeń, mogących w świetle przepisów ustawy Pzp stanowić jej przedmiot (tj. dokumentów uzupełnionych przez Vistal Gdynia przed 3 listopada 2014 r.) powinna skutkować wykluczeniem Vistal Gdynia S.A z postępowania z uwagi na fakt, iż nie potwierdzały one posiadania przez Wykonawcę wiedzy i doświadczenia w wykonaniu obiektu mostowego z zastosowaniem technologii nasuwania podłużnego.

W tym zakresie Odwołujący wskazał, że dokumenty załączone do oferty i uzupełnione za pismem z dnia 16 października 2014 r., tj. referencje wystawione przez firmę Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o. oraz Świadectwo Przejęcia, dotyczące zadania pn.: „Budowa trasy mostu Północnego od węzła z ul. Pułkownika do węzła z ul. Modlińską wraz z przeprawą mostową przez Wisłę oraz Trasą Tramwajową” potwierdzały wykonanie przez Vistal Gdynia S.A. przy realizacji ww. inwestycji robót polegających jedynie na wytworzeniu i montażu konstrukcji oraz wykonaniu zabezpieczenia antykorozyjnego. Wskazane dokumenty nie wykazały spełnienia przez Vistal Gdynia S.A. warunku określonego w pkt 7.2.2. IDW, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać fakt wykonania (zakończenia) jednego zadania, polegającego na budowie obiektu mostowego wykonanego w technologii nasuwania podłużnego. Przedmiotowe dokumenty potwierdzały wykonanie przez Vistal Gdynia S.A. jednego z elementów obiektu mostowego, nie zaś wykonanie całego obiektu budowlanego.

W ocenie Odwołującego, również dokumenty uzupełnione przez Vistal Gdynia S.A., w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 października 2014 r., nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem punktem 8.1.2. IDW, wykonawcy w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2.2 IDW zobowiązani byli do złożenia Wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Do wykazu Wykonawcy zobowiązani byli dołączyć dowody dotyczące najważniejszych robót, określające czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały one wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Jak podał Odwołujący, uzupełnione przez Vistal Gdynia S.A. dokumenty nie posiadały treści wymaganej przez pkt 8.1.2 IDW. W żadnym z uzupełnionych dokumentów, w postaci: Protokołu odbioru końcowego zadania pn.: „Rozbiórka i budowa nowego obiektu Sinntalbricke (most)”, wykonanego przez firmę Max Bogi Bauunternehmung GMBH & Co KG. oraz referencji dotyczących zadania przebudowy Mostu Pfinztal w ciągu autostrady A8

obiekt 7017-661 nie wskazane zostało, że roboty których dokumenty te dotyczyły zostały wykonane należycie i zgodnie ze sztuką budowlaną. Tym samym dokumenty te nie zawierały treści określonej w pkt 8.1.2. IDW.

Mając powyższe na względzie, zdaniem Odwołującego, uzasadnione jest stanowisko, że dokumenty uzupełnione przez Vistal Gdynia S.A. do dnia 3 listopada 2014 r., nie wykazały spełnienia przez tego Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 7.2.2. IDW.

Jednocześnie Odwołujący podkreślił, że Zamawiający nie miał wątpliwości, iż przedmiotowe dokumenty nie wykazują spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co wynika z treści kolejno kierowanych do Vistal Gdynia S.A. wezwań.

Odwołujący stoi na stanowisku, że Zamawiający uwzględniając dokumenty i oświadczenia uzupełnione przez Vistal Gdynia S.A. za pismem z dnia 3 listopada 2014 r. i dokonując jednocześnie zaniechania wykluczenia Vistal Gdynia S.A. z postępowania z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Vistal Gdynia S.A. Spełnienie przesłanek pozytywnych wykluczenia Wykonawcy z postępowania (w tym przypadku z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu) obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty Wykonawcy podlegającego wykluczeniu. Tym samym zaniechanie Zamawiającego należy rozpatrywać również w kontekście naruszenia przepisów ustawy Pzp, dotyczących odrzucenia oferty.

Dalej Odwołujący podał, że wykonawca Vistal Gdynia S.A. do formularza 3.3. „Potencjał techniczny” załączył kopie zobowiązań firm: Przedsiębiorstwa Innowacyjno-Produkcyjnego INKOM Sp. z o.o. oraz Zakładu C. i H. C. Sp. J. do udostępnienia wymaganego potencjału technicznego. Z treści przedmiotowych zobowiązań wynikało, że Wykonawcę i podmiot trzeci łączyć będzie umowa podwykonawcza. Jednocześnie w pkt 9 Formularza oferty, Vistal Gdynia S.A. nie wskazał powyższych firm jako podwykonawców, pomimo, że powołał się na ich potencjał w formularzu ofertowym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Na wskazaną powyżej sprzeczność, zachodzącą pomiędzy treścią oświadczenia wyrażonego w pkt 9 Formularza oferty a załączonymi zobowiązaniami podmiotów trzecich, zwrócił uwagę Zamawiający. Konsekwencją tego było wezwanie Vistal Gdynia S.A. do złożenia wyjaśnień odnośnie zaistniałej rozbieżności (pismo Zamawiającego z dnia 7 października 2014 r.).

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Wykonawca przedłożył ponownie Formularz oferty, w którym zmieniony został pkt 9 poprzez wpisanie wskazanego powyżej

podmiotu trzeciego jako podwykonawcy Vistal Gdynia S.A. (pismo Wykonawcy z dnia 16 października 2014 r.).

Zdaniem Odwołującego, tego rodzaju działanie stanowi niedopuszczalną w świetle przepisów ustawy Pzp, zmianę oferty po upływie terminu składania ofert, co stanowi naruszenie art. 84 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, że Vistal Gdynia S.A. zmienił treść oferty w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, co jest niedopuszczalne. Prawo żądania wyjaśnień nie może prowadzić do jakiegokolwiek zmiany treści oferty.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty spółki Vistal Gdynia S.A. pomimo niedopuszczalnej zmiany treści oferty przez tą spółkę, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z przywołanym przepisem, Zamawiający zobligowany jest odrzucić ofertę wykonawcy, która jest niezgodna z ustawą. Zdaniem Odwołującego, owa niezgodność polegała w tym przypadku na jej niedopuszczalnej zmianie, dokonanej wbrew dyspozycji przepisu art. 84 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto, że taka interpretacja przesłanki niezgodności treści oferty z ustawą jest zgodna z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, która w wyroku z dnia 27 marca 2013 r., sygn. akt: KIO 540/13, stwierdziła, że niezgodność oferty z ustawą może wynikać z faktu jej zmiany po terminie składania ofert. W powyższym wyroku, o analogicznym stanie faktycznym do niniejszej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza, nie miała wątpliwości, że tego rodzaju zmiana stanowi naruszenie art. 84 ust. 1 ustawy Pzp i jednocześnie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Odwołujący podkreślił także, że zmiana oferty dokonana przez Vistal Gdynia S.A. nie doprowadziła do zgodności oferty z załączonymi do niej dokumentami w postaci zobowiązań podmiotów trzecich, na których zasoby powołał się Wykonawca. Zgodnie ze zmienioną treścią Formularza ofertowego, Vistal Gdynia S.A. w pkt 9 nie powołał się na zasoby Max Bogi Bauunternehmung GmbH & Co KG, pomimo, że Wykonawca uzupełniając dokumenty na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 października 2014 r. powołał się na wiedzę i doświadczenie tej spółki, odnośnie wykonania obiektu mostowego z zastosowaniem technologii nasuwania podłużnego (pismo Vistal Gdynia S.A. z dnia 24 października 2014 r.). Zmieniony Formularz oferty, załączony przez Vistal Gdynia S.A., jest więc sprzeczny, zdaniem Odwołującego, z pkt 9 wzoru formularza ofertowego, będącego częścią SIWZ, w którym Zamawiający wymagał wskazania w związku z art. 36b ust. 1 ustawy Pzp, nazw podwykonawców, na których zasoby powołał się Wykonawca.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

W rozdziale I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (IDW) w pkt 7.2 ppkt 2 Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.



Zamawiający postanowił, że „dokonana oceny spełniania przedmiotowego warunku w celu zweryfikowania zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielonego zamówienia. Zamawiający uzna, iż Wykonawca zdolny do należytego wykonania udzielonego zamówienia to taki, który:

- a) *wykaże się wiedzą i doświadczeniem w wykonaniu (zakończeniu) w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej:*
  - *dwóch zadań polegających na budowie lub przebudowie dróg lub ulic klasy min. GP o wartości robót co najmniej 50 mln brutto każda,*
  - *jednego zadania polegającego na budowie obiektu mostowego wykonanego w technologii nasuwania podłużnego.*

*Każde wykazane zadanie może jednocześnie potwierdzać spełnianie kilku z powyższych warunków.*
- b) *wykaże się należytych wykonaniem zadań w okresie 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, w ramach których wykonana była:*
  - *budowa lub przebudowa dróg lub ulic klasy co najmniej G o wartości nie mniejszej niż 25 mln PLN brutto każde,*
  - *budowa lub przebudowa obiektów mostowych o dowolnej konstrukcji i obciążeniu o długości obiektu co najmniej 80 m.”*

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że „jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadectwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadectwa Przejęcia)”.

Wykonawcy w celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu, zobowiązani byli do złożenia „Wykazu robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Do wykazu Wykonawcy zobowiązani byli dołączyć dowody dotyczące najważniejszych robót, określające czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały one wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone” (pkt 8.1.2 rozdziału I SIWZ).

Przystępujący wraz z ofertą przedłożył Formularz 3.2 Wiedza i doświadczenie, w którym w poz. 3 części A wskazał na wykonanie zdania pn.: „Budowa trasy mostu Północnego od węzła z ul. Pułkownika do węzła z ul. Modlińską wraz z przeprawą mostową przez Wisłę oraz Trasą Tramwajową” (str. 56 oferty), w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie budowy obiektu mostowego wykonanego w technologii nasuwania podłużnego. Na dowód należytego wykonania przedmiotowego zadania przedłożył referencje z dnia 5 grudnia 2012 r. wystawione przez Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, z których wynikało, że Przystępujący w ramach przedmiotowego zadania zrealizował „prace polegające na wytworzeniu i montażu konstrukcji stalowej obiektu MD 31 (Most Północny) wraz z wykonaniem zabezpieczenia antykorozyjnego.” Nadto, wskazano, że montaż przeprowadzono metodami: nasuwania podłużnego, bezpośredni z zastosowaniem żurawi i „heavy lifting” (str. 70-71 oferty).

Pismem z dnia 7 października 2014 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał do udzielenia wyjaśnień, „czy w ramach wykazanego w poz. 3 Formularza 3.2 zadania firma Vistal Gdynia S.A. wykonała zadanie polegające na budowie obiektu mostowego wykonanego w technologii nasuwania podłużnego.” Zamawiający wskazał, że „z załączonych do formularza referencji wystawionych przez firmę Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o. wynika, że Państwa firma wykonała prace polegające na wytworzeniu i montażu konstrukcji stalowej obiektu oraz wykonaniu zabezpieczenia antykorozyjnego obiektu. Zamawiający przypomina, że zgodnie z pkt 7.2.2 IDW jako wykonanie (zakończenie) zadania należy rozumieć wystawienie co najmniej Świadcstwa Przejęcia (dla kontraktów realizowanych zgodnie z warunkami FIDIC) lub podpisanie Protokołu odbioru robót lub równoważnego dokumentu (w przypadku zamówień, w których nie wystawia się Świadcstwa Przejęcia).”

W odpowiedzi (pismo z dnia 16 października 2014 r.) Przystępujący wyjaśnił, „iż zgodnie z załączonymi do oferty referencjami od firmy Sando Budownictwo Polska Sp. z o.o., wykonała montaż konstrukcji nośnej obiektu mostowego m.in. metodą nasuwania podłużnego z zastosowaniem awanbeku – część prawobrzeżna o długości L=297,5 m. Pozostałe metody montażu wymienione w punktach b) do d) załączonych referencji przeprowadziła również firma Vistal Gdynia S.A. Roboty zostały wykonane zgodnie ze sztuką budowlaną, obowiązującymi przepisami i w sposób należyty. Na dowód załączamy Świadcstwo Przejęcia (Załącznik nr 4). Tym samym firma Vistal Gdynia S.A. spełniła warunek SIWZ dotyczący wykonania obiektu metodą nasuwania podłużnego.”

Pismem z dnia 20 października 2014 r. Zamawiający, działając na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego „do uzupełnienia następujących oświadczeń i dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu: W zakresie dokumentu wskazanego w pkt 8.1.2. IDW Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Do wykazu Wykonawcy zobowiązani byli dołączyć dowody dotyczące najważniejszych robót, określające czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały one wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – w celu wykazania spełniania warunku, którego opis został zamieszczony w pkt 7.2.2) IDW.”

W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający podał, że: „W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnienia treści dokumentów złożonych na potwierdzenie posiadania przez Wykonawcę wiedzy i doświadczenia w wykonaniu jednego zadania polegającego na budowie obiektu mostowego wykonanego w technologii nasuwania podłużnego, wykazali Państwo, że w ramach zadania pn: Budowa trasy Mostu Północnego od węzła z ul. Pułkownika do węzła z ul. Modlińską wraz z przeprawą mostową przez Wisłę oraz Trasą Tramwajową wykonali konstrukcję stalową obiektu wraz z montażem. Dodatkowo załączyli Państwo Świadectwo Przejęcia wystawione dla w/w zadania. Zdaniem Zamawiającego zakres prac wykonywanych przez firmę Vistal Gdynia S.A. przy realizacji zadania nie pozwala na stwierdzenie, że Wykonawca posiada wymagane doświadczenie w wykonaniu jednego zadania polegającego na budowie obiektu mostowego wykonanego w technologii nasuwania podłużnego.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 24 października 2014 r.) Przystępujący przedłożył Formularz 3.2 Wiedza i doświadczenie oraz następujące dokumenty:

- 1) Protokół odbioru końcowego zadania pn.: „Rozbiórka i budowa nowego obiektu Sinntalbrücke (most)” wykonanego przez firmę Max Bögl Bauunternehmung GMBH & Co. KG wraz z tłumaczeniem z języka niemieckiego na język polski; zadanie polegało na budowie nowego mostu, most budowany w technologii nasuwania podłużnego.
- 2) Referencje dotyczące zadania przebudowy Mostu Pfinztal w ciągu autostrady A8 obiekt 7017- 661 wraz z tłumaczeniem na język polski. Generalny Wykonawca Max Bögl Bauunternehmung GMBH & Co. KG. Zadanie obejmowało budowę nowego obiektu mostowego w technologii nasuwania podłużnego.
- 3) Oświadczenie Max Bögl Bauunternehmung GMBH & Co. KG, potwierdzające, że

powyżej wymienione obiekty były wykonane w technologii nasuwania podłużnego i Max Bauunternehmung GMBH & Co KG. wykonał je jako Generalny Wykonawca.

Ponadto, Przystępujący poinformował, że firma Max Bögl Bauunternehmung GMBH & Co. KG zobowiązała się także do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów wiedzy i doświadczenia celem spełnienia warunku 7.2.2 IDW, w szczególności w zakresie robót mostowych i drogowych. W związku z powyższym przedłożył Formularz 3.5 *Zobowiązanie do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.*

Jednocześnie Przystępujący zawarł informację, że „*podtrzymuje stanowisko dotyczące zgodności referencji firmy Vistal Gdynia S.A. zdania pn: „Budowa trasy Mostu Północnego od węzła z ul. Pułkownika do węzła z ul. Modlińską wraz z przeprawą mostową przez Wisłę oraz Trasą Tramwajową” z wymaganiami Zamawiającego zawartymi w punkcie 7.2.2.a) IDW przedmiotowego SIWZ dotyczącego obiektu mostowego.*”

Pismem z dnia 24 października 2014 r. Zamawiający, w trybie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego „*do złożenia stosownych wyjaśnień dotyczących następujących oświadczeń i dokumentów złożonych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu: W zakresie dokumentu wskazanego w pkt 8.1.2. IDW Wykaz robót budowlanych wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających czy roboty te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Do wykazu Wykonawcy zobowiązani byli dołączyć dowody dotyczące najważniejszych robót, określające czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, czy zostały one wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone – w celu wykazania spełniania warunku, którego opis został zamieszczony w pkt 7.2.2) IDW.*”

Dalej Zamawiający podał, że „*złożyli Państwo Wykaz robót budowlanych uzupełniony o zdania podmiotu trzeciego – firmy Max Bögl Bauunternehmung GMBH & Co. KG.*

*Zgodnie z pkt 8.1.2 IDW obowiązkiem Wykonawcy, jest dołączenie do Wykazu robót budowlanych 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. Zgodnie z rozporządzeniem 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 dowodami, o których mowa w pkt 8.1.2 IDW są: a) poświadczenie; b) inne dokumenty, jeżeli*

*z uzasadnionych przyczyn o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać poświadczenia, o którym mowa w lit. a powyżej.*

*Na potwierdzenie wykonania zadań: Most Pfinztal w ciągu autostrady A8, obiekt nr 7017-661” oraz Autostrada BAB A7 Fulda-Würzburg” przedłożyli państwo dokumenty, z których nie wynika czy w/w zadania zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.*

*W związku z powyższym Zamawiający wzywa do wyjaśnienia, czy na potwierdzenie należytego wykonania zadań wskazanych w Formularzu 3.2 Wykonawca jest w stanie dostarczyć inne dokumenty potwierdzające, że zdania te zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.”*

*W odpowiedzi (pismo z dnia 3 listopada 2014 r.) Przystępujący przedłożył „dowody potwierdzające należyte, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz terminem umownym wykonanie zadań wskazanych w Formularzu nr 3.2. Tytułem potwierdzenia wykonania inwestycji BW959 Sinntalbrücke oraz mostu Pfinztal zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończonej Vistal Gdynia S.A. przedkłada następujące dokumenty:*

- 1) Referencje dotyczące wykonania mostu BW959 Sinntalbrücke wraz z tłumaczeniem na język polski – Załącznik nr 1.*
- 2) Oryginał poświadczenia referencji mostu BW959 Sinntalbrücke wystawione przez Dyрекcję Autostrady Autobahndirektion Nordbayern potwierdzające należyte wykonanie, zgodnie ze sztuką budowlaną oraz w terminie umownym wraz z tłumaczeniem na język polski – Załącznik nr 2.*
- 3) Wyjaśnienia firmy Max Bögl Bauunternehmung GMBH & Co. KG. (obecnie pod nazwą Max Bögl Stiftung & Co. KG.) dotyczące użyczonych referencji w celu wykazania spełnienia przez firmę Vistal Gdynia S.A. warunków przedmiotowego przetargu wraz z dokumentami towarzyszącymi – Załącznik nr 3.*
- 4) Folder wydany przez Bawarskie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych mówiące o szczegółach budowy Obiektu B595b Sinntalbrücke wraz z tłumaczeniem na język polski – Załącznik nr 4 (...).”*

*W rozdziale I SIWZ Instrukcja dla Wykonawców (IDW) w pkt 7.2 ppkt 3 lit. a Zamawiający sformułował warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego. Wymogiem Zamawiającego było dysponowanie przez Wykonawców potencjałem technicznym w postaci narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, wymienionych w przedmiotowym punkcie, tj.:*

- 1. Wytwórni mieszanek mineralno - bitumicznej (otoczarka) o wydajności min. 100 Mg/godz. Wyposażona w urządzenia automatycznego sterowania, umożliwiającą*

produkcję mieszanek mineralno-bitumicznych zgodnie z warunkami Specyfikacji Technicznych. Wymagane dozowanie składników, w tym także wstępne, było wagowe, zautomatyzowane, i sterowane elektronicznie - 1 szt.

2. Układarki mieszanek mineralno-asfaltowych o szer. roboczej, min. 7,0 m z elektrycznym sterowaniem grubości układanej warstwy - Minimalna ilość — 2 szt.
3. Wiertnic do wykonania pali wielkośrednicowych - minimalna ilość - 1 szt.
4. Kafarów/wibromłotów do wbijania ścianek szczelnych - minimalna ilość - 2 szt.

Na potwierdzenie spełnienia wskazanego powyżej warunku, wykonawcy, zgodnie z pkt 8.1.3. IDW, zobowiązani byli przedłożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia (Formularz 3.3.) wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami.

Wykonawca Vistal Gdynia S.A. w tym zakresie powołał się na potencjał podmiotów trzecich: Przedsiębiorstwa Innowacyjno-Produkcyjnego INKOM Sp. z o.o. oraz Zakładu C. i H. C. Sp. J. i przedłożył odpowiednie *Zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia* (str. 162 i 182 oferty), z których wynika, że Przystępującego ze wskazanymi podmiotami łączyć będzie umowa podwykonawcza.

W pkt 9 Formularza oferty (str. 4) Przystępujący nie wymienił wskazanych podwykonawców, na zasoby których powołuje się, w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu. Przedłożył natomiast oświadczenia wskazanych wykonawców o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Pismem z dnia 7 października 2014 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień w zakresie „zaistniałej rozbieżności.”

W odpowiedzi (pismo z dnia 16 października 2014 r.) Przystępujący wyjaśnił, że zgodnie z treścią załączonych do oferty zobowiązań, Przystępującego będzie łączyć z udostępniającymi potencjał podmiotami umowa podwykonawcza i przedłożył Formularz ofertowy ze wskazaniem rzeczonych podwykonawców.

W dniu 4 listopada 2014 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Przystępującego jako najkorzystniejszej.

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności zauważyć należy, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nakazuje wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Oznacza to, że obowiązek wykluczenia wykonawcy z postępowania aktualizuje się w sytuacji, w której wykonawca nie udźwignął ciężaru dowodu w tym przedmiocie. Zatem fakt, iż wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu nie będzie przeszkodą do wykluczenia wykonawcy z postępowania, jak miało to miejsce w poprzednim stanie prawnym, jeśli wykonawca jednocześnie nie wykaże, za pomocą wskazanych przez zamawiającego dowodów, że w istocie określony warunek spełnia. Wiedza Zamawiającego w tym przedmiocie nie może prowadzić do zastępowania oświadczeń wykonawców i w konsekwencji przerzucenia ciężaru dowodu. Podobnie, beczynność wykonawcy czy też brak staranności zawsze musi prowadzić, w świetle powołanego przepisu, do wykluczenia wykonawcy z postępowania, z zastrzeżeniem art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Jednocześnie nie należy pomijać, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp kreuje dla zamawiającego obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji, w której nie zostały one przedłożone wraz z ofertą albo nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże rzeczona instytucja jest szczególnym narzędziem służącym konwalidowaniu błędów wykonawców, stanowiącym jednocześnie wyłom od wskazanej reguły, zatem nie może być interpretowana w sposób rozszerzający i stanowić obowiązku dla zamawiających doprowadzenia do stanu, w którym wnioski czy też oferty będą prawidłowe. Takiej wykładni przeczy również przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ciężar odpowiedzialności za właściwe przygotowanie wniosku i oferty spoczywa na wykonawcy, a zamawiający nie jest uprawniony a tym bardziej zobowiązany do podejmowania czynności w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dopóty, dopóki wykonawca nie usunie wszystkich błędów.

Wyjątkowy charakter procedury uzupełniania oferty, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dał asumpt do ukształtowania w orzecznictwie poglądu, że wezwanie może być kierowane do wykonawcy jednokrotnie w danym przedmiocie, a brak adekwatnej reakcji ze strony wykonawcy obciąża tegoż i jednocześnie nie stanowi podstawy do podejmowania dalszych działań przez zamawiającego.

Nie można również tracić z pola widzenia, że przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nakazuje zamawiającemu wyjaśnienie wszelkich wątpliwości, dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w przepisie art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z powyższym sprzężone jest uprawnienie wykonawcy do udzielenia wyjaśnień. Jednakże biorąc pod uwagę normę wynikającą z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, że obowiązkiem

wykonawcy jest wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zauważyć należy, że złożenie wyjaśnień, które wątpliwości nie rozwieją skutkować winno negatywną oceną weryfikowanych okoliczności.

Godzi się również dostrzec, że transparentność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i zasada równego traktowania wykonawców, obliguje zamawiającego do stosowania jednakowych procedur względem wszystkich wykonawców i do realizowania obowiązków wynikających z przepisów prawa. Zamawiający posiada określone instrumenty służące konwalidowaniu błędów czy też niedokładności pojawiających się w ofertach, ale ich wykorzystanie uwarunkowane jest określonymi przesłankami. Zatem, instytucje „uzupełniania dokumentów” i „wyjaśnień” winny jedynie służyć tym celom, dla których zostały ustanowione. Oznacza to, że wyjaśnienia nie mogą w istocie prowadzić do złożenia nowego oświadczenia woli, które skutkuje zastąpieniem tego pierwotnego, podobnie jak obowiązek uzupełnienia nie może być zastępowany udzielonymi wyjaśnieniami.

Ponadto, zwrócić należy uwagę, że gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zamawiający, zaś rolą wykonawcy jest realizacja wytycznych zamawiającego (jeśli nie są kwestionowane). Zatem, wykonawca, który w sposób dowolny reaguje na wezwania zamawiającego musi się spotkać z jego negatywną reakcją. Role wykonawcy i zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego są odmienne i wkraczanie przez wykonawcę we władztwo zamawiającego nie może być tolerowane.

Odnosząc powyższe rozważania do niniejszego stanu faktycznego w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że realizacja referencyjnego zadania w zakresie budowy obiektu mostowego wykonanego w technologii nasuwania podłużnego wzbudziła wątpliwości Zamawiającego wobec treści referencji, z których wynikało, że przedmiotem wspomnianego zadania było wytworzenie i montaż konstrukcji stalowej (mostu). W tych okolicznościach Zamawiający zobowiązany był do żądania wyjaśnień w tym przedmiocie (art. 26 ust. 4 ustawy Pzp). Złożone wyjaśnienia, jak podaje Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i co wynika z dalszych działań podejmowanych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że Przystępujący podał, iż wykonał montaż konstrukcji nośnej obiektu mostowego m.in. metodą nasuwania podłużnego, podczas gdy winien wykazać się budową obiektu mostowego w określonej technologii.

Negatywna weryfikacja przedmiotowego zadania spowodowała, że Zamawiający wystosował do Zamawiającego kolejne wezwanie, tym razem do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp). Przedmiotowe wezwanie, w ocenie Izby, było uprawnione. Zanim jednak Izba dokona analizy przedmiotowego wezwania zauważyć



należy, że wyjaśnienia wykonawcy winny być złożone w taki sposób, aby utwierdzić Zamawiającego w przekonaniu, że Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Skoro Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie wskazuje jedynie na montaż określonej konstrukcji, a nie referuje do spornego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający uprawniony jest do oceny tych wyjaśnień, zgodnie z ich treścią, w świetle postawionego warunku.

Dalej, należy zauważyć, iż jakiegokolwiek dokumenty składane razem z wyjaśnieniami nie mogą prowadzić do obejścia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przedłożone przez Przystępującego Świadcstwo Przejęcia nie podlegało więc ocenie.

W przedmiotowej sprawie, w ocenie Izby, istotna jest treść wezwania Zamawiającego z dnia 20 października 2014 r., kierowanego do Przystępującego. W pierwszej kolejności zwrócić należy uwagę, że Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Dalej, Zamawiający podał, że chodzi o Wykaz robót budowlanych wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Na tle przedmiotowego wezwania nie budzi wątpliwości Izby, że obowiązkiem wykonawcy było przedłożenie zarówno Wykazu, jak i dowodów potwierdzających ww. okoliczności. Realizacja przedmiotowego obowiązku winna więc podlegać ocenie, w świetle sformułowanego warunku udziału w postępowaniu.

Powołanie się w treści wezwania na dokumenty i oświadczenia, wskazanie na Wykaz i dowody, które winny być do niego dołączone, wreszcie odwołanie się do treści pkt 8.1.2 rozdziału I SIWZ (IDW), przeczy twierdzeniu Zamawiającego, że Zamawiający przedmiotem wezwania z dnia 20 października 2014 r. nie uczynił dokumentów, które potwierdzają, że referencyjne zadania zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Zwrócić należy uwagę, że jakkolwiek wezwanie z dnia 24 października 2014 r. stanowi wezwanie do złożenia wyjaśnień, to wskazuje na niewystarczającą treść dokumentów złożonych w celu potwierdzenia należytego wykonania referencyjnych zamówień i stawia pytanie o możliwość dostarczenia innych dokumentów potwierdzających ww. okoliczności. W odpowiedzi Przystępujący takie dokumenty przedstawia i podlegają one pozytywnej weryfikacji Zamawiającego.

Przedmiotowe działanie Zamawiającego nie jest jednak uprawnione. Po pierwsze, Zamawiający wezwał pismem z dnia 20 października 2014 r. do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie określonego warunku udziału w postępowaniu. Zarówno treść wezwania, jak i okoliczność, że o spełnieniu danego warunku udziału w postępowaniu świadczy nie tylko wykaz robót budowlanych, ale i dowody potwierdzające ich

należyte wykonanie, nie pozostawiają wątpliwości, jakie dokumenty Przystępujący winien przedłożyć. Z odkodowaniem intencji Zamawiającego Przystępujący nie miał trudności, bowiem rzeczony dokumenty w odpowiedzi na wezwanie przedstawił. Zatem, niezrozumiałe są twierdzenia Zamawiającego, że Przystępujący winien przedstawić tylko Wykaz robót budowlanych. Stanowisko to tym bardziej nie przekonuje, pomijając nawet treść wezwania, że żądanie jedynie Wykazu nie pozwoliłoby Zamawiającemu na dokonanie oceny w zakresie spełniania przedmiotowego warunku, a więc byłoby nieracjonalne.

Zatem, Zamawiający zobowiązany był do dokonania oceny dokumentów złożonych za pismem z dnia 24 października 2014 r. Skoro Zamawiający dokonał ich negatywnej oceny, a jednocześnie skorzystał w tym przedmiocie z procedury określonej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, to powyższe winno skutkować wykluczeniem Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Tymczasem weryfikacja dokumentów przedłożonych przez Przystępującego, jak wskazuje Zamawiający, nadmiarowo, doprowadziła w istocie do dokonania przez Zamawiającego wstępnej selekcji dowodów znajdujących się w posiadaniu Przystępującego i wskazaniu, jakie dowody są nieprzydatne w celu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu. Zaś, wezwanie do złożenia wyjaśnień w istocie nie dotyczy złożonych oświadczeń i dokumentów, jak nakazywałaby norma wyrażona w przepisie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, ale stanowi pytanie o inne dokumenty, które potwierdzałyby spełnienie spornego warunku. W tej sytuacji, Przystępujący dysponując już określoną oceną przedłożonych dokumentów, na wezwanie do wyjaśnień składa te inne dokumenty, i co więcej, podlegają one również ocenie, bowiem Zamawiający uznaje, jak wskazuje to w odpowiedzi na odwołanie, że *„dalsze wezwanie do uzupełnienia dokumentów jest bezcelowe, skoro dysponuje już wszelkimi informacjami, w tym także dokumentami pozwalającymi na stwierdzenie, że Przystępujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.”*

Reasumując, należy wyrazić pogląd, że Zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp formułując wezwanie do udzielenia wyjaśnień w zakresie dokumentów, które nie zostały złożone przez Przystępującego i dopuszczając do ich uzupełnienia w ramach instytucji wyjaśnień, co doprowadziło do obejścia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a tym samym jego przekroczenia w ten sposób, że Przystępujący uzyskał kolejną możliwość uzupełnienia dokumentów w przedmiocie spornego warunku udziału w postępowaniu, mimo że wezwanie do ich uzupełnienia zostało skierowane do Przystępującego w dniu 20 października 2014 r.

Powyższe przesądza, że merytoryczna weryfikacja dokumentów przez Izbę nie znajduje uzasadnienia. Po pierwsze bowiem, zadanie referencyjne wskazane w Wykazie przedłożonym wraz z ofertą, co jest bezsporne między stronami, nie potwierdza warunku udziału w postępowaniu. Zaś, Przystępujący powyższej oceny nie kwestionował na drodze

środków ochrony prawnej i faktycznie się do niej przychylił, bowiem przedłożył nowy Wykaz referencyjnych zadań. Po drugie, nie ma sporu między stornami, że dokumenty i oświadczenia złożone na wezwanie Zamawiającego z dnia 20 października 2014 r. nie potwierdzają spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu. Skoro zaś dalsze działania Zamawiającego były nieuprawnione, to zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za trafny. Zamawiający winien bowiem w tej sytuacji wykluczyć Przystępującego z postępowania.

Jednakże, wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający w tych okolicznościach nie był zobowiązany do odrzucenia oferty Przystępującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Zgodnie bowiem z przepisem art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Skutek w postaci odrzucenia oferty następuje *ex lege*, nie kreuje go natomiast czynność Zamawiającego.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ustawy Pzp znajdzie zastosowanie w przypadku założenia oferty przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu lub niezaproszonego do składania ofert, zaś wskazana okoliczność nie zaktualizuje się w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego.

Przechodząc do oceny zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zwrócić należy uwagę, że Odwołujący pomija dwie okoliczności. Po pierwsze, wbrew twierdzeniom Odwołującego, złożony na wezwanie do złożenia wyjaśnień Formularz ofertowy, uzupełniony o informacje dotyczące podwykonawców, na których potencjał Przystępujący powołuje się w celu wykazania warunków udziału w postępowaniu, nie podlegał ocenie, z przyczyn, o których była mowa wyżej. W ocenie Izby bowiem, dokumenty i oświadczenia przedkładane na wezwanie do złożenia wyjaśnień winny być pominięte.

Po drugie zaś, pomimo formalnego braku wskazania, w pkt 9 Formularza oferty podmiotów, będących podwykonawcami, przedmiotowa okoliczność, stosując reguły wykładni oświadczeń woli (art. 65 k.c.) wynika z treści oferty w rozumieniu *sensu largo*, a zatem realizacja obowiązku Zamawiającego, dotyczącego wskazania podwykonawców nie budzi wątpliwości. Treść Formularza 3.3, złożone przez podwykonawców oświadczenia o braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i wreszcie zobowiązania tych podmiotów do udostępnienia zasobów jednoznacznie wskazują na wolę posłużenia się przez Przystępującego podwykonawcami, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dają możliwość ich zidentyfikowania. Z tych przyczyn, we wskazanych okolicznościach, o jakiegokolwiek zmianie treści oferty po terminie składania ofert nie może być mowy, a zatem zarzuty naruszenia przepisów art. 84 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 ustawy Pzp należy uznać za chybione.

Bez znaczenia jest okoliczność, że Przystępujący powołał się na zasoby podmiotu Max Bögl Bauunternehmung GMBH & Co. KG. w celu wykazania spornego warunku wiedzy i doświadczenia, czego nie odzwierciedla Formularz ofertowy. Po pierwsze bowiem, uzupełniony Formularz oferty, o czym była mowa wyżej, nie podlega ocenie. W tej sytuacji nie sposób rozważać korelacji rzeczzonego Formularza z treścią oświadczeń złożonych przy piśmie z dnia 24 października 2014 r. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że czynności te następowały po sobie, najpierw uzupełniono Formularz, potem dokonano zmiany (uzupełnienia) podwykonawcy, a zatem czynienie zarzutu, że przedmiotowy Formularz nie odpowiada dokonany zmianom jest co najmniej nieuprawnione. Po drugie, Odwołujący nie dostrzega przepisu art. 36b ust. 2 ustawy Pzp, który pozwala na zmianę albo rezygnację z podwykonawcy, na którego zasoby wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. W tym zakresie nie można więc upatrywać niedozwolonej zmiany treści oferty po upływie składania ofert, a tym samym naruszenia przepisów art. 84 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Reasumując stwierdzić należy, iż w warunkach niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zaktualizowały się przesłanki do wykluczenia Przystępującego z przedmiotowego postępowania, nie znalazły zaś potwierdzenia przesłanki stanowiącej o obowiązku odrzucenia oferty przez Zamawiającego. Zaniechanie wykluczenia Przystępującego przez Zamawiającego doprowadziło w konsekwencji do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, wyrażonej w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b i § 5 ust. 2 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 20.000,00 zł, wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....