

Sygn. akt: KIO 1422/11

WYROK

z dnia 19 lipca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Agnieszka Bartczak-Żuraw**

Protokolant: **Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 lipca 2011 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A., Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW SERVICE Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**, w postępowaniu prowadzonym przez **Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. Franciszka Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk**,

przy udziale wykonawcy **Budimex S.A., ul. Stawki 40, 01-040 Warszawa**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A., Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW SERVICE Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **20 000 zł 00 gr** (słownie: dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Mostostal Warszawa S.A., Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW SERVICE Sp. z o.o., ul. Konstruktorska 11A, 02-673 Warszawa**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gdańsku**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku, ul. F. Rogaczewskiego 9/19, 80-804 Gdańsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Przebudowa Kanału Elbląskiego na szlakach żeglownych: Miłomłyn - Ostróda - Stare Jabłonki, Miłomłyn - Iława, Jezioro Ruda Woda - Jezioro Bartężek - roboty budowlane”. Wartość przedmiotowego zamówienia na roboty budowlane oszacowano na kwotę większą od wyrażonej w złotych równowartości kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 3 maja 2011 r. pod nr 2011/S 85-139055.

W dniu 4 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Mostostal Warszawa S.A. (lider), ul. Konstruktorska 11A, 02 - 673 Warszawa i Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW SERVICE Sp. z o.o. (partner), ul. Ogińskiego 114a/1, 71-431 Szczecin, wobec niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex S.A. (dalej „Budimex”);
- 2) wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu złożonej przezeń oferty, a w konsekwencji na bezprawnym zatrzymaniu wadium odwołującego;
- 3) zaniechaniu wykluczenia Budimex na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp i w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jego oferty na podstawie art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 5 ustawy Pzp.

Działanie zamawiającego polegające na uznaniu, że odwołujący podlega wykluczeniu z uwagi na rzekomy brak uzupełnienia dokumentów, skutkujące zatrzymaniem wadium i odrzuceniem oferty odwołującego, co w konsekwencji - po wyeliminowaniu najtańszej oferty - doprowadziło do bezprawnego wyboru jako najkorzystniejszej oferty Budimex, stanowi, zdaniem odwołującego, ewidentne naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 46 ust. 4 lit. a) oraz art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a także innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu przedmiotowego odwołania. Odwołujący wskazywał, że w przypadku uznania słuszności zarzutów odwołania, oferta odwołującego

zostanie uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tymczasem zamawiający dokonał wyboru oferty w sposób niezgodny z obowiązującymi w postępowaniu kryteriami oceny ofert i złamał naczelne zasady udzielania zamówień publicznych, jakimi są zasada zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, przez co naruszył art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający, dokonując wykluczenia odwołującego i odrzucenia jego oferty, wybierając ofertę z naruszeniem powołanych przepisów, pozbawił odwołującego możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym - bezspornie naruszył jego interes.

Z uwagi na powyższe, odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia dokonanego w postępowaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex;
- 2) unieważnienia decyzji w sprawie wykluczenia odwołującego, a w konsekwencji zatrzymania wadium w postępowaniu oraz bezprawnego odrzucenia jego oferty;
- 3) wykluczenia z postępowania Budimex na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, w przypadku potwierdzenia się zarzutów w odniesieniu do informacji zawartych w wykazach na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołujący podnosił iż w dniu 24 czerwca 2011 r. zamawiający powiadomił odwołującego (faksy) o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Budimex oraz o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu złożonej przezeń oferty w postępowaniu. Jednocześnie zamawiający poinformował odwołującego o zamiarze zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp w związku z tym, że odwołujący rzekomo „nie złożył w wymaganej formie dokumentów i oświadczeń, do których uzupełnienia wezwał go Zamawiający”. Mając powyższe na uwadze, powołując się na bezprawność powyższych czynności, odwołujący wskazywał, co następuje. Zamawiający pismem z dnia 6 czerwca 2011 r. zażądał od odwołującego w terminie do 10 czerwca 2011 r. uzupełnienia oferty poprzez złożenie wskazanych dokumentów i oświadczeń za pomocą faksu oraz niezwłoczne potwierdzenie pisemne. Zgodnie z Instrukcją dla Wykonawców (dalej „IDW”), część I specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) Rozdz. XII („Informacje o sposobie porozumiewania się Zamawiającego z Wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń i dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z Wykonawcami”) zamawiający jednoznacznie dopuścił porozumiewanie się drogą faksową: „Wszelkie zawiadomienia, oświadczenia, wnioski oraz informacje Zamawiający oraz Wykonawcy mogą przekazywać pisemnie lub faksem”. Odwołujący w wykonaniu wezwania zamawiającego, w określonym w wezwaniu terminie, przesłał za

pomocą faksu w dniu 10 czerwca 2011 r. żądane w wezwaniu oświadczenia i dokumenty. Potwierdzone to zostało pismem doręczonym do siedziby zamawiającego w dniu 22 czerwca 2011r., a zatem następnego dnia od uzyskania przez odwołującego oryginałów wszystkich dokumentów. Zwłoka ta wynikała jednak tylko z uwagi na to, że zamawiający zażądał uzupełnienia oświadczeń dotyczących głównie podmiotów, które zobowiązały się do oddania do dyspozycji odwołującego niezbędnych zasobów do wykonania zamówienia. Czas przesyłania oryginałów do odwołującego wyniósł kilkanaście dni. Dokumenty te przesłane z Holandii, Tczewa i Szczecina do Warszawy za pomocą poczty i przesyłek kurierskich dotarły do odwołującego w dniach od 13 do 21 czerwca 2011r. Ten dostarczył je do siedziby zamawiającego następnego dnia po ich otrzymaniu, co znajduje potwierdzenie w dokumentacji przetargowej zamawiającego. Zdaniem odwołującego, trudno zatem mówić o jakiegokolwiek zbędnej zwłoce, jeżeli czas potrzebny na dostarczenie pisma wynikał z obiektywnych i niezależnych od odwołującego przesłanek związanych z uzyskaniem tych dokumentów od osób trzecich. Powyższe potwierdzają dowody w postaci przesyłania i odbioru korespondencji posiadanej przez odwołującego. Przyjęty przez zamawiającego sposób porozumiewania się w pełni potwierdza skuteczność przesłanej faksem odpowiedzi na wezwanie w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, co zostało niezwłocznie potwierdzone pismem. W literaturze i orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmuje się, iż termin „niezwłocznie” oznacza termin realny do wykonania obowiązku bez nieuzasadnionej zwłoki, gdy tylko stało się to możliwe. (*Komentarz do art.77(1) kodeksu cywilnego (Dz.U.64.16.93), [w:]A. Kidyba (red.), K. Kopaczyńska-Pieczniak, E. Niezbecka, Z. Gawlik, A. Janiak, A. Jedliński, T. Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, LEX, 2009*). Oczekiwanie odwołującego na otrzymanie oryginałów dokumentów od osób trzecich trudno uznać za nieuzasadnioną zwłokę. Po otrzymaniu ostatnich w dniu 21 czerwca 2011r. komplet ich został w następnym dniu złożony w siedzibie zamawiającego, co potwierdzają pieczęcie z datą złożenia, którymi opatrzone są dokumenty znajdujące się w aktach postępowania. Spełnił więc on ustawowy obowiązek, gdy tylko stało się to możliwe. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska przywoływał orzecznictwo np. wyrok z dnia 21 czerwca 1972 r. (sygn. akt III CRN 98/72), w którym Sąd Najwyższy wskazał, że pojęcie „nieuzasadnionej zwłoki” musi być interpretowane stosownie do okoliczności i nie można go konkretyzować przez podanie określonej miary czasu - OSNC 1972/12/225. Odwołujący podnosił, iż w świetle dopuszczenia przez zamawiającego jako równoważnych dwóch form porozumiewania się między wykonawcami a zamawiającym, tj. faksu i pisemnej - przesłanie odpowiedzi na wezwanie faksem w terminie wyznaczonym przez zamawiającego winno być uznane za potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i za bez znaczenia w kontekście potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu należy uznać fakt późniejszego złożenia oryginału pisma z załącznikami. Przywoływał wyrok Krajowej Izby

Odwoławczej (dalej także „KIO”) z 15 października 2010 r. (sygn. akt: KIO 2138/10), w którym Izba stwierdziła: „Skoro więc Zamawiający w treści SIWZ dla składania oświadczeń przewidział jako równorzędną formie pisemnej formę faksową i elektroniczną, to na obecnym etapie postępowania nie może wymagać od jakiegokolwiek wykonawcy złożenia w toku postępowania oświadczeń wyłącznie w formie pisemnej, a na pewno nie może to wywoływać negatywnych konsekwencji dla wykonawcy w postaci wykluczenia go z postępowania, a tym samym odrzucenia jego oferty z powodu niewłaściwej formy złożonego oświadczenia.” Zdaniem odwołującego złożenie uzupełnienia - zgodnie z żądaniem zamawiającego - nastąpiło 10 czerwca 2011 r., a zatem w terminie przezeń ustalonym, co zamawiający potwierdził w zawiadomieniu o wykluczeniu. Zamawiający już tego dnia mógł więc zapoznać się z pełną treścią informacji objętych uzupełnieniem. Późniejsze złożenie oryginału pisma wraz z załącznikami absolutnie nie uzasadnia twierdzenia jakoby żądane przez zamawiającego dokumenty nie zostały przez odwołującego uzupełnione, a tym samym stwierdzić należy, iż nie ziszcila się przesłanka zatrzymania wadium w rozumieniu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie z którą zatrzymanie wadium wraz z odsetkami może wiązać się jedynie z faktycznym nieuzupełnieniem dokumentów, tudzież brakiem odpowiedzi wykonawcy na żądanie zamawiającego, co w przedmiotowym przypadku w ogóle nie miało miejsca. Działanie zamawiającego, który w decyzji w sprawie wykluczenia powołuje się na niedochowanie formy uzupełnianych dokumentów w świetle wyraźnego dopuszczenia w wezwaniu przesłania rzeczony korespondencji faksem, należy zatem uznać za zdecydowane nadużycie nie tylko przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 oraz art. 7 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp (i w konsekwencji art. 46 ust. 4 lit. a) ustawy Pzp), lecz także art. 27 ust. 1 ustawy Pzp. W świetle faktycznego złożenia uzupełnienia dokumentów objętych wezwaniem zamawiającego - brak jest przecież jakichkolwiek podstaw, by przyjmować, że nie doszło do potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a tym bardziej - do zatrzymania wadium. Odwołujący zwracał uwagę, że również zamawiający w piśmie zawiadamiającym o wykluczeniu nie negował faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wskazywał jedynie na uchybienia co do formy przekazania dokumentów, z czym odwołujący nie może się zgodzić.

Odnosząc się z kolei do podniesionego w uzasadnieniu wykluczenia stwierdzenia, w którym zamawiający podał, że „pozycja 2 „Wykazu zrealizowanych zamówień” dotyczy robót zrealizowanych na wodach morskich - nie śródlądowych (basen portowy)”, odwołujący podnosił, iż powyższe nie było w tym zakresie przedmiotem jakiegokolwiek wezwania ze strony zamawiającego ani w trybie wyjaśnień ani uzupełnień. Odwołujący zwracał uwagę, że w wezwaniu z dnia 6 czerwca 2011 r. zamawiający żądał jedynie wykazania doświadczenia wykonawcy w zakresie wykonania prac pogłębiarskich lub umocnień brzegowych z

zastrzeżeniem, że co najmniej jedna (praca pogłębiarska lub umocnienia brzegowe) „winna być o wartości brutto nie mniejszej niż 1 mln zł”. W wezwaniu tym nie było mowy o wykazaniu doświadczenia dotyczącego wykonania tych robót na wodach śródlądowych, a twierdzenie z pisma o wykluczeniu odnosi się wyłącznie do pozycji 2 Wykazu, przy czym zamówienie wykazane w pozycji 1 w pełni potwierdza spełnienie warunku w tym zakresie. Zastrzeżenie w tym zakresie ze strony zamawiającego ujęte w piśmie o wykluczeniu nie jest zatem w ogóle uzasadnione i nie powinno skutkować nawet wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W zakresie zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia Budimex i w konsekwencji odrzucenia złożonej przezeń oferty podnosił, że Budimex nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się dysponowaniem osobą posiadającą doświadczenie w kierowaniu robotami budowlanymi oraz osobami posiadającymi doświadczenie w kierowaniu lub nadzorowaniu minimum jedną robotą budowlaną o charakterze hydrotechnicznym w zakresie robót czerpalnych i umocnieniowych (vide: SIWZ Rozdz. VIII pkt 2 ppkt 1). Z załącznika do oferty nr 5 wynika, że Pan Paweł G. nie kierował i nie nadzorował żadnych robót budowlanych w zakresie robót czerpalnych i umocnieniowych. Wskazywał, iż stosunku do odwołującego zamawiający w swoim wezwaniu do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów z dnia 6 czerwca 2011 r. (pkt 2) żądał uzupełnienia oświadczeń poprzez wykazanie, że wskazana przez niego osoba ma doświadczenie w zakresie kierowania lub nadzorowania co najmniej jednej roboty spełniającej łącznie literalnie określony typ „robót czerpalnych i umocnieniowych”. Wezwanie podyktowane było tym, iż - jak wskazywał zamawiający - w ofercie odwołującego wskazana osoba wykazywała się kierowaniem każdym typem tych robót oddzielnie, a nie łącznie - jak żądał zamawiający. Tymczasem w ofercie Budimex analogiczna sytuacja oceniona została przez zamawiającego odmiennie.

Ponadto, odwołujący podnosił, że Budimex nie wykazał się spełnieniem warunku w zakresie doświadczenia dotyczącego wykonania umocnień brzegowych (podwójna palisada drewniana wypełniona walcami faszynowymi roślinnymi) o łącznej długości odcinków nie mniejszej niż 2 km, w tym co najmniej jeden odcinek o długości 500 m (vide: SIWZ, Rozdz. VIII pkt 2 ppkt 3 tiret drugie). Odwołujący wskazywał, że w załączniku nr 7 do oferty złożonej przez Budimex, stanowiącym Wykaz wykonanych prac, w pozycji 1 podano jedynie wykonanie takich prac o łącznej długości 6562 m. Nie wykazano tu jednak, że wykonano przynajmniej jeden odcinek o długości minimum 500 m. Jednocześnie, z załączonych do tej pozycji referencji od Zarządu Melioracji i Urządzeń Wodnych w Gdańsku wynika, że odpowiadające podanej w Wykazie długości - były wykonane zupełnie inne roboty, tj.

„wykonanie opasek wielokiszkowych 3x20 cm o dł. 6562 m”, co bezspornie nie odpowiada wymogowi zamawiającego i potwierdza istotną rozbieżność między informacjami zawartymi w Wykazie i dokumencie referencyjnym mającym potwierdzać spełnienie warunku. Na dowód powyższego, dołączono do odwołania kopię otrzymanego od zamawiającego - Zarząd Melioracji i Urządzeń Wodnych Województwa Pomorskiego w Gdańsku - pisma, w którym wskazany jest inny zakres wykonanych prac niż podano w Wykazie. Jednocześnie, wskazywał, że w pozycji nr 2 Wykazu podano innego odbiorcę robót niż to wynika z załączonych referencji. Z informacji podanej w Wykazie wynika bowiem, że wykonanie tych prac przez Budimex nastąpiło na rzecz firmy Budokom, tymczasem dokument referencyjny wystawiony został przez Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Gdańsku.

Powyższe okoliczności, zdaniem odwołującego, bezspornie powinny były wzbudzić zasadnicze wątpliwości zamawiającego co do ich prawdziwości i winien on wezwać tego wykonawcę do złożenia wyjaśnień w powyższym zakresie w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, a w przypadku potwierdzenia się nieprawidłowości podanych informacji - dokonać wykluczenia tego wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp, bez wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W świetle powyższych działań i zaniechań zamawiającego, zdziwienie odwołującego, jak podnosił w treści odwołania, budziło postępowanie zamawiającego, który niejako pod dyktando Budimex (vide: pismo Budimex z 27 maja 2011 r.), dokonał wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia określonych dokumentów odwołującego, przy jednoczesnym zaniechaniu tych czynności wobec wad występujących w ofercie Budimex. Praktyka ta, zdaniem odwołującego, musi budzić podejrzenia i wnioski, iż zamawiający narusza także wyrażone w art. 7 ustawy Pzp naczelne zasady udzielania zamówień publicznych oraz art. 5 Kodeksu cywilnego poprzez czynienie z wezwania do uzupełnienia i zatrzymania wadium instrumentów bezrefleksyjnej i bezpodstawnej eliminacji wykonawców z postępowania w oparciu o błędną interpretację przepisów obowiązującego prawa.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu 4 lipca 2011 r.

W dniu 6 lipca 2011 r. zamawiający wezwał do przystąpienia do postępowania odwoławczego oraz przekazał kopię odwołania.

W dniu 8 lipca 2011 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego Budimex. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania. Wskazywał, iż stosownie do zapisu Rozdziału XII pkt 3 SIWZ IDW „wszelkie zawiadomienia, oświadczenia, wnioski oraz informacje przekazane za pomocą faksu wymagają na żądanie każdej ze stron, niezwłocznego

potwierdzenia faktu ich otrzymania. Uważa się je za złożone w terminie, jeśli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie". Natomiast w Rozdziale X pkt 5 SIWZ IDW zamawiający stwierdził: „Dokumenty i oświadczenia, o których mowa powyżej (dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu - przypis Budimex) muszą zostać złożone w formie oryginału lub kopii poświadczonej za „zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w §1 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za „zgodność z oryginałem” przez wykonawcę lub te podmioty”. Zdaniem przystępującego z zestawienia zacytowanych zapisów SIWZ wynika, iż zamawiający wymagał zachowania formy pisemnej (oryginał lub właściwie potwierdzona za zgodność z oryginałem kopia) wszystkich dokumentów składanych przez wykonawców na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, niezależnie od tego, czy dokumenty te miały być złożone wraz z ofertą, czy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Za rezygnację z zachowania formy pisemnej tych dokumentów nie można uznać zapisów SIWZ dotyczących zasad komunikowania się stron, skoro zamawiający wprost wskazał, iż uprzednie przesłanie dokumentów faksem jest wystarczające jedynie do zachowania terminu do ich złożenia, natomiast bezwzględny wymogiem jest niezwłoczne potwierdzenie ich pisemnie. Wymóg ten został powtórzony w sposób jednoznaczny w kolejnych wezwaniach do złożenia odpowiednio wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów kierowanych do odwołującego (w wezwaniu z 6 czerwca 2011 r. zamawiający posłużył się spójnikiem „oraz”, a nie „lub” na określenie zasad przesłania dokumentów). Zamawiający w cytowanych zapisach SIWZ wprowadził swoistą fikcję doręczenia oryginałów lub stosownie potwierdzonych za zgodność kopii wymaganych dokumentów w sytuacji, gdy dokumenty te zostały przesłane do zamawiającego w odpowiedniej formie pocztą niezwłocznie po przesłaniu ich faksem. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dla zachowania formy pisemnej dokumentu prywatnego niezbędne jest złożenie na nim podpisu, gdyż brak takiego podpisu ma ten skutek, że dokument taki nie istnieje (wyrok SN z dnia 2 kwietnia 2008 roku, sygn. akt III CSK 299/07; wyrok SN z dnia 8 maja 1997 roku, sygn. akt II CKN 153/97). Nie jest również dokumentem niepoświadczona kserokopia (wyrok SN z dnia 14 lutego 2007 roku, sygn. akt II CSK 401/06). Skoro zamawiający dopuścił przesłanie dokumentów drogą faksową, ale wprowadził jednocześnie wymóg zachowania formy pisemnej poprzez niezwłoczne potwierdzenie faksu drogą pocztową, te dwie formy przekazania treści dokumentu były niezbędne dla zachowania terminu do złożenia dokumentu. Przystępujący argumentował, iż na tej zasadzie nie sposób

zgodzić się z odwołującym, że wystarczające do wykazania spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu było nadanie przez niego w dniu 10 czerwca 2011 r. dokumentów rzekomo potwierdzających tę okoliczność faksem oraz przekazanie ich zamawiającemu dopiero po kilkunastu dniach drogą pocztową. Przystępujący Budimex wskazywał również, iż nawet gdyby przyjąć, że zgodnie z zapisami SIWZ odwołujący mógł poprzestać w niniejszej sprawie na przesłaniu dokumentów drogą faksową, czemu stanowczo sprzeciwia się brzmienie cytowanych powyżej poszczególnych zapisów SIWZ oraz wezwań, to stanowisko to stoi w sprzeczności z przepisem art. 9 ust. 1, art. 27 ust. 1, art. 26 ust. 2b ustawy Pzp oraz przepisami rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. Nr 226, poz. 1817) (dalej „rozporządzenie w sprawie dokumentów”). Przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2010r., sygn. akt KIO/UZP 1017/10, gdzie stwierdzono: *„za chybioną uznaje się argumentację, iż rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów określa formy dokumentów składanych wraz z ofertą/ natomiast po złożeniu oferty znajdują zastosowanie reguły ustalone przez zamawiającego zgodnie z uprawnieniem zawartym w art. 27 ust. 1 Pzp”*. W uzasadnieniu wskazanego wyroku Izba zauważała, iż: *„Odwołujący zobowiązany był przedłożyć Zamawiającemu (żądane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dokumenty - przypis autora) w formie określonej w rozporządzeniu oraz w pkt XVIII C siwz tj. w oryginale bądź poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii. Tym samym wbrew twierdzeniom Odwołującego - wobec jednoznacznego brzmienia siwz i rozporządzenia - zbędne było powielanie wymogów co do formy w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów. Nie zmienia tej oceny brzmienie pkt X ust. 1 siwz regulującego sposób porozumiewania się zamawiającego i wykonawców dopuszczając w postępowaniu o udzielenie zamówienia przekazywanie oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji m.in. faksem. Takiemu rozumieniu tego postanowienia siwz sprzeciwia się zarówno treść rozporządzenia, jak uregulowanie pkt XVIII C siwz. (...) Trzeba zatem podkreślić, iż "Wykaz osób (...)" Odwołujący powinien złożyć w formie oryginału bądź poświadczonej za zgodność z oryginałem kopii zgodnie z rozporządzeniem oraz siwz. Zasada ta obowiązuje bez względu na stadium postępowania o udzielenie zamówienia. Za chybioną Izba uznaje argumentację Odwołującego, iż rozporządzenie określa formy dokumentów składanych wraz z ofertą, natomiast po złożeniu oferty znajdują zastosowanie reguły ustalone przez Zamawiającego zgodnie z uprawnieniem zawartym w art. 27 ust. 1 Pzp tj. w tym przypadku w pkt X ust. 1 siwz. Taka wykładnia nie znajduje potwierdzenia w rozporządzeniu, w którego treści brak jest podnoszonych przez Odwołującego ograniczeń wskazujących na stosowanie rozporządzenia wyłącznie do dokumentów pierwotnie złożonych wraz z ofertą. Takie rozumienie rozporządzenia byłoby sprzeczne z literalnym jego brzmieniem i mogłoby prowadzić do nieuzasadnionego rozróżnienia sytuacji*

wykonawców, w zależności od tego, kiedy przedłożyli wymagane dokumenty (wykonawcy, którzy złożyli dokumenty wraz z ofertą byliby zobligowani do przedkładania ich w formie kwalifikowanej tj. oryginału lub potwierdzonej za zgodność z oryginałem kopii, podczas gdy wykonawcy wezwani w trakcie postępowania do uzupełnienia - mogliby poprzestać na dokumencie przekazanym za pośrednictwem faksu mającym de facto status kopii), co wprost stałoby w sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców(...). Nieokreślenie w rozporządzeniu w sprawie rodzajów dokumentów terminu na przedłożenie wymaganych dokumentów w odpowiedniej formie jest w pełni uzasadnione w świetle wyczerpujących w tym zakresie postanowień Pzp. W przypadku składania dokumentów wraz z ofertą to termin składania ofert stanowi moment graniczny dla złożenia dokumentów w wymaganej formie, natomiast w dalszym toku postępowania - to Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wskazuje wiążący wykonawców termin do uzupełnienia dokumentów". Przystępujący, zgadzając się w pełni z argumentacją Izby podniesioną w cytowanym orzeczeniu, wskazywał, iż, mając na uwadze zasadę zapewnienia równego traktowania wykonawców, nie można twierdzić, że zamawiający jest obowiązany wstrzymać się z wyborem najkorzystniejszej oferty do czasu wpłynięcia oryginałów dokumentów przesłanych przez wykonawcę, gdy okres oczekiwania na takie oryginały przedłuża się o kilkanaście dni, a sytuacja taka nie jest wynikiem nieprawidłowego działania poczty. Oznaczałoby to bowiem, że wykonawca uzupełniający dokumenty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma de facto o wiele więcej czasu na prawidłowe skompletowanie oferty niż pozostali wykonawcy. Założenie, iż zamawiający może dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty dysponując wyłącznie kopiami dokumentów (wydrukiem faksowym), byłoby sprzeczne również z wyrażoną w art. 9 ust. 1 ustawy Pzp zasadą pisemności. Zgodnie z przepisem art. 9 ust. 1 ustawy Pzp postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej. Przepisy ustawy Pzp nie zawierają przepisu, który wykluczałby formę pisemną w razie uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w szczególności przepisem takim nie może być przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp, skoro przepis ten odnosi się do sposobu komunikacji pomiędzy stronami postępowania, nie zaś do formy oferty (dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowią załącznik do oferty). Pośrednio okoliczność tę potwierdza także powołany już powyżej przepis § 6 ust. 1 rozporządzenia w sprawie dokumentów, który przewiduje, że dokumenty potwierdzające warunki udziału w postępowaniu są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Reasumując, przystępujący stwierdzał, iż zgodnie z zasadą pisemności zamawiający może rozstrzygnąć postępowanie jedynie na dokumentach sporządzonych na piśmie i dołączonych do oferty lub uzupełnionych zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (vide: wyrok KIO z dnia 26 maja 2009r., sygn. akt

KIO/UZP 615/09, KIO z dnia 13 sierpnia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 999/09). Takiej możliwości zamawiający nie miał, do dnia rozstrzygnięcia postępowania zamawiający nie dysponował oryginałami dokumentów lub ich równoważnymi kopiami uzupełnianymi przez odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Mówiąc o przepisach rozporządzenia w sprawie dokumentów, przystępujący podnosił, że zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 28 kwietnia 2011r. sygn. akt KIO 787/11; KIO 830/11 „wynikająca z § 6 ust. 1 rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 226, poz. 1817), możliwość składania dokumentów w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę odnosi się wyłącznie do dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu i tylko w tym rozporządzeniu wskazanych. Nie odnosi się tym samym do zastrzeżenia formy pisemnej dla zobowiązania podmiotu trzeciego, jako że przepis rangi rozporządzenia nie może zmieniać przepisu rangi ustawy, która w hierarchii aktów prawnych stoi wyżej niż rozporządzenie. Wykonawca, który chce skutecznie udowodnić zamawiającemu, że może polegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić „przedstawieniem pisemnego zobowiązania”, a nie kopii zobowiązania”. Identycznie: wyrok KIO z dnia 1 czerwca 2010r., sygn. akt KIO 922/10, zgodnie z którym przepis art. 26 ust. 2b ustawy Pzp zobowiązuje wykonawców do przedłożenia pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich udostępniających potencjał. Ustawa Pzp nie definiuje pisemności, dlatego też zastosowanie będzie mieć w tym zakresie art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 14 ustawy Pzp. Na tej zasadzie, w ocenie KIO, do tego zobowiązania nie ma zastosowania § 6 rozporządzenia w sprawie dokumentów, przepis rozporządzenia nie może bowiem zmieniać przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, mającego wyższą hierarchię. Przystępujący argumentował, iż nawet więc gdyby przyjąć, że przepis art. 27 ust. 1 ustawy Pzp jako przepis rangi ustawowej wyłącza stosowanie powołanych powyżej przepisów rozporządzenia w sprawie dokumentów dotyczących formy dokumentów, to trudno przyjąć takie samo uzasadnienie dla wyłączenia formy pisemnej w stosunku do oświadczenia podmiotu trzeciego o zobowiązaniu się do udostępnienia potencjału, a takie również zobowiązanie uzupełniał odwołujący w niniejszej sprawie. Nie budzi zdaniem przystępującego wątpliwości, iż odwołujący nie złożył zobowiązania podmiotów trzecich w formie pisemnej wymaganej przez ustawę Pzp.

Nie zgadzał się także z argumentacją odwołującego, iż przesłał on oryginały dokumentów do zamawiającego bez zbędnej zwłoki, tj. niezwłocznie po otrzymaniu ich od podmiotów trzecich, a co za tym idzie dochował on terminu na uzupełnienie oferty. Po pierwsze, nawet gdyby zamawiający nie żądał zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału, to odwołujący na mocy przepisu art. 26 ust. 2b ustawy Pzp

zobowiązany był do jego przedstawienia. Obowiązek przedstawienia przedmiotowego zobowiązania wynika wprost z przepisów ustawy Pzp i ma charakter bezwzględny, tj. zamawiający nie może zrezygnować z uzyskania takiego dokumentu. Stąd też wniosek, iż zobowiązanie, do którego okazania został zobowiązany odwołujący, powinno być w jego posiadaniu (jako oryginał dokumentu) już w dacie składania oferty. W konsekwencji przyjąć należy, iż odwołujący nie dochował należytej staranności przy kompletowaniu oferty. Zarzut ten jest o tyle znaczący, że odwołujący, wiedząc o konieczności posiadania takiego dokumentu, mógł zabiegać o niego po złożeniu oferty, tak, aby dysponować nim w razie w zasadzie pewnego wezwania do uzupełnienia dokumentów. Argumentacja odwołującego, iż po otrzymaniu wezwania musiał on uzyskać przedmiotowe zobowiązanie od podmiotu trzeciego mającego siedzibę poza Polską (ale wskazanego już w ofercie) nie wskazuje więc na „niezawinioną” zwłokę w przesłaniu oryginału zobowiązania do zamawiającego, a raczej na niestaranność wykonawcy. Przystępujący zauważał, że odwołujący nie kwestionował możliwości wykonania wezwania w tym zakresie w określonym w wezwaniu z dnia 6 czerwca 2011r. terminie, powołując się na tę właśnie okoliczność. Skoro więc nie istniała obiektywna przeszkoda w uzyskaniu przez odwołującego spornego oświadczenia w terminie umożliwiającym wykonanie wezwania wykonawcy, to nie można mówić o niezawinionym opóźnieniu w przesłaniu dokumentów. Pamiętać należy także, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie służy temu, aby przedłużyć wykonawcy czas na zdobycie niezbędnych dokumentów (uzupełnienie oferty), ponieważ przeczyłoby to zasadzie równości wykonawców. Celem jego jest zaś umożliwienie wykonawcy uzupełnienie oferty o dokumenty posiadane przez niego, a z różnych względów nie załączone do oferty. Stanowisko takie Izba wyraziła m.in. w wyroku z dnia 17 sierpnia 2010r., sygn. akt KIO 1649/10, stwierdzając, że *„przy ocenie, czy Zamawiający wyznaczył odpowiedni termin na uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, należy brać pod uwagę także okoliczność, że obowiązkiem wykonawcy jest złożenie kompletnego wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (oferty), zawierającego wszystkie oświadczenia i dokumenty wymagane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu. Dokumenty te, co do zasady, winny być więc w dyspozycji wykonawcy w dniu upływu terminu składania wniosków (ofert), co również wynika z literalnego brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że uzupełniane w tym trybie dokumenty, czy oświadczenia mają potwierdzać stan - czyli spełnienie określonego warunku - na dzień upływu terminu składania wniosków (ofert)”. Identycznie: wyrok KIO z dnia 13 sierpnia 2009r., sygn. akt KIO/UZP 1006/09, wyrok KIO z dnia 29 lipca 2009r., sygn. akt KIO/UZP 898/09. Mając na uwadze fakt, iż wykonawca ma wykazać się należyłą starannością przy przygotowaniu oferty i jej uzupełnianiu, to nie sposób wyłączyć jego odpowiedzialności za zwłokę w przesyłaniu dokumentów spowodowaną przez podmioty trzecie, z którymi współpracuje wykonawca. Podnosił iż skoro odwołujący tak chętnie*

posiłkuje się orzecznictwem wypracowanym przez sądy powszechne na gruncie przepisów Kodeksu cywilnego w odniesieniu do pojęcia „niezwłocznie”, powinien zauważyć, iż stosownie do przepisu art. 474 Kodeksu cywilnego dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania i zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonywa, jak również osób, którym wykonanie zobowiązania powierza. Na marginesie tylko tej części wywodów wskazywał, iż współkonsorcjantów trudno uznać za osoby trzecie względem wykonawcy, a co za tym idzie i z tego powodu argumentacja odwołującego jest chybiona w części, w jakiej powołuje się na opóźnienia związane z koniecznością „przejścia” korespondencji przez Zakład Robót Hydrotechnicznych i Podwodnych UW SERVICE Sp. z o.o. (partnera). Zwracał uwagę na jeszcze jeden aspekt niniejszej sprawy. Stosownie do wyroku KIO z dnia 24 sierpnia 2010r., sygn. akt KIO/UZP 1701/10, *„w doktrynie i obrocie gospodarczym przyjęte jest, że sama parafa na dokumencie (...) oznacza, że osoba parafująca zapoznała się z treścią dokumentu, a także potwierdza pochodzenie tego dokumentu (właśnie od osoby, której parafa, lub podpis, się na nim znajduje). Natomiast poświadczenie za zgodność z oryginałem jest oświadczeniem, na mocy którego składający podpis potwierdza pewien fakt, tj. że przedstawiona kopia odpowiada oryginałowi, z którego została sporządzona. Tym samym oba rodzaje "podpisów" niosą za sobą różną treść i parafowanie dokumentu nie może zastąpić ani być interpretowane jako poświadczenie za zgodność z oryginałem”*. W niniejszej sprawie pełnomocnik odwołującego potwierdził za zgodność z oryginałem dokumenty przesłane drogą faksową do zamawiającego w dniu 10 czerwca 2011r., chociaż, jak sam przyznaje, dopiero kilka dni później do odwołującego trafiły oryginały tych dokumentów (21 czerwca 2011r. - odbiór dokumentów przez Mostostal S.A. - lidera), a co za tym idzie dopiero wtedy można było potwierdzić faktyczną zgodność z oryginałem dokumentów przesłanych uprzednio do lidera odwołującego, jak można się jedynie domyślać za pośrednictwem faksu lub maila. Na tej zasadzie wartość oświadczenia pełnomocnika odwołującego o zgodności z oryginałem dokumentów przesłanych w dniu 10 czerwca 2011r. faksem do zamawiającego (nota bene oświadczenia także nie mającego formy pisemnej) musi budzić uzasadnione wątpliwości.

Odnosząc się do zarzutów odwołującego względem oferty przystępującego Budimex, przystępujący podnosił, iż odwołujący nie ma interesu w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp do stawiania takich zarzutów względem oferty przystępującego. Cena zaoferowana przez przystępującego do postępowania jest wyższa od ceny ofertowej odwołującego, gdzie jedynym kryterium oceny ofert jest właśnie cena. W razie więc uwzględnienia zarzutów odwołującego dotyczących niezasadnego wykluczenia go z postępowania, oferta odwołującego będzie musiała zostać wybrana jako najkorzystniejsza. W tym wypadku bez znaczenia dla sytuacji prawnej odwołującego będzie, czy na miejscu

drugim listy rankingowej zostanie sklasyfikowana oferta przystępującego, czy innego wykonawcy. W razie zaś nieuwzględnienia przez Izbę tych zarzutów, dla interesu odwołującego również bez znaczenia będzie, czy przystępujący zachowa pierwsze miejsce na liście rankingowej, bowiem odwołujący i tak utraci szansę na zawarcie umowy z zamawiającym. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w przywołanym przez przystępującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2011r., sygn. akt KIO 99/11. Z daleko posuniętej ostrożności, na wypadek przyjęcia przez Izbę, że odwołujący ma interes w stawianiu zarzutów co do oferty przystępującego wskazywał, iż zarzuty te są chybione. Przystępujący w sposób prawidłowy wykazał bowiem spełnienie przez siebie warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta nie zawiera nieprawdziwych informacji.

Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu.

W dniu 14 lipca 2011 r. zamawiający wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania i zasądzenie zwrotu uzasadnionych kosztów postępowania. Wskazywał, że na gruncie obowiązującego stanu prawnego, jak również jego aktualnej wykładni argumenty odwołującego uznać należy za chybione. Zgodnie z art. 27 ustawy Pzp, w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Niemniej jednak dopuszczenie przez zamawiającego do kontaktów formy innej niż pisemna nie deroguje naczelnej zasady, że dokumenty składane wraz z ofertą muszą mieć formę pisemną. W art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, wyraźnie wskazano, że ofertę składa się pod rygorem nieważności w formie pisemnej, więc, jako że pozostaje on *lex specialis* do art. 27 ustawy Pzp, nie znajdują do niej zastosowania rozwiązania przewidziane tym ostatnim przepisem. Podkreślić trzeba, że w niniejszej sprawie część składanych drogą faksową dokumentów stanowiła poprawione lub uzupełnione dokumenty stanowiące integralną część oferty, a te zgodnie z przywołanym art. 82 ust. 2 ustawy Pzp, powinny być złożone w oryginale, nawet jeśli zamawiający dopuścił inną niż pisemna formę prowadzonej korespondencji. Z tych powodów przywołane przez odwołującego się orzeczenie KIO z dnia 15 października 2010 r., sygn. akt 2138/10, nie może mieć w sprawie zastosowania. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej, wyrażonym w wyroku z dnia 7 lutego 2011 r. sygn. akt KIO 144/11 za dopuszczalną można by uznać sytuację, w której odwołujący przekazał zamawiającemu dokumenty faksem w terminie i niezwłocznie potwierdził pisemnie, wówczas z wysłaniem dokumentu faksem w terminie wiązałoby się swoiste

domniemanie dochowania terminu doręczenia - które mogłoby zostać obalone w wypadku, kiedy zamawiający nie otrzyma pisemnego potwierdzenia dokumentów w rozsądnym terminie, usprawiedliwionym czasem niezbędnym na przesłanie oryginałów dokumentów na dużą odległość. Takie postępowanie, w opinii KIO, zapewnia zasadę równego traktowania wykonawców, których siedziby są oddalone od siedziby zamawiającego. Należy jednak zawsze mieć na uwadze, że postępowanie o udzielenie zamówienia jest postępowaniem toczącym się szybko, w którym terminy na dokonanie pewnych czynności są krótkie i wykonawcy biorący udział w postępowaniu powinni się do nich stosować. Z powyższych względów zatem, doręczenie zamawiającemu oryginałów dokumentów 11 dni po upływie wyznaczonego terminu nie może być uznane za niezwłoczne potwierdzenie czynności, która miała być dokonana w dniu 10 czerwca 2011 r., zwłaszcza w obliczu faktu, że nie zostały one nadane w placówce pocztowej przesyłką poleconą, co mogłoby uzasadnić najwyżej kilkudniową zwłokę, ale zostały dostarczone osobiście do siedziby zamawiającego. Podkreślał również, że w związku z faktem, że wezwanie wystosowano do odwołującego w poniedziałek dnia 6 czerwca 2011 r., na zebranie niezbędnych dokumentów i dochowanie terminu przysługiwało mu aż 5 dni roboczych. Zwłoki, w którą popadł odwołujący, z całą pewnością nie można określić mianem uzasadnionej, również pomimo faktu, że oczekiwał on, jak twierdzi, na doręczenie mu oryginałów oświadczeń składanych w imieniu spółek na których wiedzy, doświadczeniu i potencjale pragnął polegać. Regulacja przewidziana w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, stanowiąca niewątpliwą przywilej wykonawców, umożliwiającą spełnienie warunków oraz uczestnictwo, w znacznie większej ilości przetargów, aniżeli mogłoby to być możliwe przy wykorzystaniu jedynie własnych zasobów, niesie za sobą jednakże również pewne ryzyko. Skutki zaniechań, zaniechań i opóźnień podmiotów, z których zasobów korzysta Wykonawca, powstałych w szczególności na etapie przetargu, obciążać będą bowiem jego. Nie inaczej jest w przedmiotowej sprawie. Obowiązkiem odwołującego było bowiem czuwanie nad terminowością i rzetelnością w doręczeniu mu niezbędnej dokumentacji przez podmioty, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zdaniem zamawiającego, w świetle tych okoliczności faktycznych trudno odnieść, słuszne skądinąd, zaprezentowane przez odwołującego poglądy doktryny i orzecznictwa dotyczące pojęcia niezwłoczności, do dokonania doręczenia zamawiającemu oryginalnych dokumentów wcześniej przesłanych przez odwołującego się faksem. W konkretnych bowiem okolicznościach odwołujący miał możliwość wpływu na wcześniejsze uzyskanie dokumentów od osób, z których pomocą zamierza wykonać zamówienie. W obecnej dobie pocztowe (kurierskie) przekazywanie przesyłek jest też znacznie przyspieszone. Zamawiający podkreślał, że w okresie oczekiwania na doręczenie dokumentacji stanowiącej uzupełnienie oferty, odwołujący ani razu nie informował go o problemach i opóźnieniach w pozyskaniu oryginałów dokumentacji. Argumentacja odwołującego dziwi tym bardziej, że jedno z

niepochodzących od samego wykonawcy oświadczeń nadesłanych w dniu 22 czerwca 2011 r. nie zostało przedłożone w oryginale, choć widnieje na nim data 16 maja 2011 r. Zamawiający wskazuje, że ta ostatnia okoliczność, sama w sobie, stanowiłaby podstawę do wykluczenia odwołującego z powodu zaniechania realizacji obowiązku złożenia oferty w formie pisemnej (zgodnie z ugruntowanym poglądem orzeczniczym „wykonawca który chce skutecznie udowodnić, że może polegać na zasobach innych podmiotów musi to udowodnić przedstawieniem pisemnego zobowiązania, a nie jego kopii” - wyrok KIO z dnia 28 kwietnia 2011, sygn. akt KIO 787/11, KIO 830/11). Wykluczenie zatem odwołującego z przetargu wraz ze wszystkimi tego konsekwencjami polegającymi na odrzuceniu jego oferty, zatrzymaniu wadium i wyborze jako najkorzystniejszej jedynej pozostałej w tej sytuacji oferty Budimex było działaniem znajdującym pełne poparcie w obowiązującym stanie prawnym. Zamawiający zauważał, iż w obliczu powyżej zaprezentowanych okoliczności, kwestią drugorzędną, choć z pewnością wartą rozważenia, pozostają pewne nieścisłości, które zawierała stanowiąca część oferty dokumentacja, a co istotne, uchybienia te nie zostałyby usunięte, nawet gdyby istniały podstawy do uznania, że oferta została uzupełniona w terminie, przeciwnie nadesłana drogą faksu dokumentacja pogłębiała tylko powzięte przez zamawiającego wątpliwości. W pierwotnie przedłożonej dokumentacji ofertowej jako jeden z podmiotów, z którego zasobów korzystać pragnął odwołujący wskazano polską firmę Nautilus Eko - Cyviel Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu. Na oświadczeniu w/w podmiotu figuruje, dalece odbiegający od standardowego podpis (brak możliwości identyfikacji osoby podpisującej). W dokumentacji nadesłanej faksem natomiast uzupełnione oświadczenie (a de facto jak wskazano powyżej, jego kopia) pochodzi od całkiem innego podmiotu, holenderskiej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Nautilus Eco - Civiel b.v. z siedzibą w Helloo w Holandii, pod którym podpis złożyła prawdopodobnie ta sama osoba (na dokumencie znajduje się taki sam „podpis”), która reprezentowała polską firmę Nautilus Eko-Cyviel Sp. z o.o. Powyższe, zdaniem zamawiającego, pozwala na zajęcie stanowiska, że oferta odwołującego nie byłaby kompletna, a co więcej budziłaby poważne wątpliwości w kwestii swojej rzetelności, nawet, gdyby uznać ją za uzupełnioną w terminie. Oczywistym jest, że w interesie zamawiającego leży wybór najkorzystniejszej oferty. Wykluczenie oferenta i odrzucenie oferty, która zakłada najniższą cenę jest więc rozwiązaniem, wbrew twierdzeniom odwołującego się, którego zamawiający stara się uniknąć. Jednakże oprócz uzyskania najniższej ceny ideą prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest to, aby wybrany wykonawca rzeczywiście wykonał powierzone mu zamówienie. W tym celu przedstawić musi dokumenty, które pozwalają na stwierdzenie, że roboty rzeczywiście zostaną wykonane na określonym, wymaganym przez zamawiającego poziomie. Składanie przez ubiegającego się o zamówienie różnych dokumentów potwierdzających wykonywanie w przeszłości robót o podobnym do zamawianych

charakterze musi, zdaniem zamawiającego, wzbudzać wątpliwości co do rzeczywistych zdolności wykonawczych takiego oferenta.

Odnośnie do zarzutu odwołującego o braku wskazania przez zamawiającego, że wykonawcy starający się o zamówienie muszą wykazać się doświadczeniem w wykonywaniu robót zrealizowanych na wodach śródlądowych (nie morskich), zamawiający wyjaśniał, że warunki udziału w postępowaniu, w tym posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania robót pogłębiarskich na śródlądowych drogach wodnych, zawarte zostały w Części I SIWZ Rozdz. VIII pkt 3 tiret 1.

W zakresie zarzutów dotyczących oferty Budimex zamawiający uznał ofertę za spełniającą warunki udziału w postępowaniu, ponieważ nie miał wątpliwości co do treści oferty i załączników do niej. Zarówno roboty budowlane wykazane na potwierdzenie posiadania wiedzy i doświadczenia, jak i osoba wskazana jako zdolna do wykonania zamówienia, spełniają warunki wymagane w SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając materiał dowodowy zgromadzony w sprawie, w tym dokumentację postępowania oraz dokumenty przedłożone na rozprawie, jak również biorąc pod uwagę wyjaśnienia stron oraz uczestnika postępowania złożone na posiedzeniu i rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

Pismem z dnia 6 czerwca 2011r. zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp o dodatkowe dokumenty i oświadczenia, które zgodnie z adnotacją na wezwaniu należało dostarczyć do siedziby zamawiającego w terminie do 10 czerwca 2011r. faksem (58 326 18 89) oraz niezwłocznie potwierdzić pisemnie - pocztą. Odpowiedź na wezwanie do uzupełnienia dokumentów odwołujący przesłał drogą faksową do zamawiającego w dniu 10 czerwca 2011r. Do dnia 21 czerwca 2011r. (11 dni od daty upływu terminu do uzupełnienia dokumentów) oryginały lub kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę dokumentów potwierdzających spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, przesłanych faksem w dniu 10 czerwca 2011 r. nie dotarły do zamawiającego. W terminie od 10 do 21 czerwca 2011 r. odwołujący pozyskiwał oryginały dokumentów/kopie potwierdzone za zgodność z oryginałem, aby mogły być one przesłane zamawiającemu. W dniu 21 czerwca 2011 r. komisja przetargowa zamawiającego podjęła decyzję o wykluczeniu odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a w konsekwencji o odrzuceniu

jego oferty zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jego oferty i zgodnie z art. 46 ust. 4a ustawy Pzp o zamiarze zatrzymania wadium. Zawiadomienie w tym zakresie o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu odwołującego zamawiający rozsyłał w dniu 22 czerwca 2011 r. W dniu 22 i 24 czerwca 2011r. zamawiającemu nie udało się skutecznie przesłać przedmiotowej informacji odwołującemu na numer faksu podany przez niego w ofercie, ponieważ otrzymywał informację o uszkodzeniu linii abonenta. Dopiero po ustaleniach telefonicznych z pracownikiem odwołującego zamawiający w dniu 24 czerwca 2011r. uzyskał inny numer faksu i pod wskazany numer przesłał skutecznie zawiadomienie. Dnia 22 czerwca 2011 r., a więc po podjęciu przez komisję przetargową decyzji o wykluczeniu odwołującego, odwołujący dostarczył do siedziby zamawiającego dokumenty przesłane uprzednio faksem w dniu 10 czerwca 2011 r. Po otrzymaniu dokumentów zamawiający nie zweryfikował decyzji o wykluczeniu odwołującego.

W oparciu o ustalony stan faktyczny Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z okoliczności skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

W zakresie przesłanek wniesienia odwołania określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba uznała, iż odwołujący przesłanki powyższe spełnia jedynie w zakresie zarzutów odnoszących się do własnego wykluczenia z postępowania oraz związanych z tym konsekwencji. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. W świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma zatem wykazać posiadanie interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Niewątpliwie jako wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia, który złożył najtańszą ofertę (jedyne kryterium – cena) spełnia przesłankę posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz szkody czy też możliwości jej poniesienia na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp przez zamawiającego. Odwołujący ma bowiem potencjalną możliwość uzyskania zamówienia w sytuacji potwierdzenia się zarzutów zawartych w odwołaniu w odniesieniu do jego oferty, skutkujących ponownym badaniem i oceną ofert, której to możliwości na skutek zarzucanych naruszeń ustawy Pzp został pozbawiony. W ocenie Izby możliwości tej nie pozbawia go także stanowisko zamawiającego wskazujące, iż przedłożone przez odwołującego na skutek wezwania do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenia i dokumenty nie są prawidłowe i jako takie nie mogłyby być podstawą dla uznania spełnienia przez odwołującego warunków udziału w

postępowaniu i wyborze jego oferty, a zatem iż nawet w razie potwierdzenia się zarzutów wobec czynności zamawiającego objętej odwołaniem, odwołujący nie ma możliwości uzyskania zamówienia. Takie stanowisko zamawiającego, gdyby znalazło swój wyraz we właściwej, przyjętej ustawą Pzp formie, podlegałoby kontroli tegoż wykonawcy w drodze środków ochrony prawnej. W chwili obecnej jednak wykluczenie odwołującego nie zostało oparte na powyższej argumentacji, stąd nie może mieć ona przesądzającego znaczenia dla oceny, czy odwołujący ma możliwość uzyskania zamówienia.

Izba podziela natomiast stanowisko przystępującego Budimex, iż odwołujący, którego oferta jest ofertą najtańszą przy kryterium oceny ofert – cena 100% - nie wykazał w popieraniu zarzutów dotyczących oferty Budimex przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp warunkujących skuteczność odwołania. Odwołującemu nie sposób bowiem w tym zakresie przyznać ani posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia ani poniesienia, względnie możliwości poniesienia, szkody w związku z zarzucanymi naruszeniami. Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy Budimex, odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji nieprawidłowego, zdaniem odwołującego, wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej - nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności powyższego zarzutu, w okolicznościach niniejszej sprawy, oferta odwołującego jest najtańszą spośród złożonych w postępowaniu. Tym samym interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia realizuje się poprzez posiadanie bądź utrzymanie statusu wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu z postępowania. Wszelkie zarzuty i wnioski kierowane w odniesieniu do oferty wykonawcy, który złożył ofertę niżej ocenioną (tu: droższą), nie rzutują na sytuację odwołującego w sposób, który mógłby spowodować naruszenie lub zagrożenie jego interesu w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia i skutkować poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody – wykluczenie bądź pozostawienie w postępowaniu innego wykonawcy, którego oferta okazała się droższa od oferty odwołującego pozostaje dla niego indyferentne. O ile zdoła wykazać niezasadność własnego wykluczenia, okoliczność czy wykonawca droższy, pierwotnie wybrany przez zamawiającego, pozostanie w postępowaniu, nie wpływa na możliwość uzyskania przez odwołującego zamówienia. Natomiast w razie nieuwzględnienia zarzutów wobec odwołującego i potwierdzenia prawidłowości czynności zamawiającego, okoliczność czy dotychczasowy wykonawca wybrany – droższy - utrzyma swój status, również pozostaje bez wpływu na możliwość uzyskania zamówienia przez odwołującego. Powoływana przez odwołującego okoliczność, iż wybór takiego wykonawcy, w sytuacji gdy podlega on również wykluczeniu, skutkuje wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy nie przesądza o istnieniu po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu

zamówienia. W świetle brzmienia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interesu w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w tym przepisie, nie sposób upatrywać jedynie w czuwaniu nad prawidłowością przebiegu postępowania, jeżeli pozostaje to bez wpływu na status odwołującego w postępowaniu i możliwość uzyskania przez niego zamówienia. W istocie bowiem uznanie zasadności zarzutu odwołującego wobec Budimex, przy równoczesnym uznaniu prawidłowości czynności zamawiającego wobec oferty odwołującego, sprowadzałoby się w swym skutku do unieważnienia postępowania, jako że wpłynęły tylko dwie oferty. W ocenie Izby unieważnienie postępowania nie mieści się w przesłance posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia, gdyż niewątpliwie interes ten winien dotyczyć tego konkretnego postępowania, a nie być związany z zamówieniem jedynie przedmiotowo i podlegać realizacji np. poprzez hipotetyczny udział w kolejnym postępowaniu ogłoszonym przez zamawiającego. Ponadto przyznanie odwołującemu w tym zakresie uprawnienia do wniesienia skutecznego odwołania skutkowałoby tym, iż w przypadku potwierdzenia się zasadności wykluczenia odwołującego, a w konsekwencji utraty przez niego statusu uczestnika postępowania przetargowego, równocześnie przyznane byłoby mu prawo do skutecznego podważenia prawidłowości innej oferty, a zarazem i decyzji o bycie całego postępowania. O istnieniu interesu w kwestionowaniu oferty Budimex nie stanowi także zarzucane naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. prowadzenie badania i oceny ofert z naruszeniem zasady równości wykonawców i uczciwej konkurencji. W ocenie Izby zarzut ten może być natomiast powoływany i popierany dla obrony własnej oferty. Ponadto odwołujący w zakresie wskazywanego zaniechania wykluczenia wybranego wykonawcy nie wykazał także, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy Pzp, co oznacza, iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Pzp. Konieczne jest zatem wykazanie przez odwołującego, iż zamawiający dokonał bądź zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Pzp, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie, następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają, a jednocześnie, biorąc pod uwagę zasady doświadczenia życiowego, nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. W przypadku zamówień publicznych szkodą taką będzie przede wszystkim pozbawienie możliwości uzyskania zamówienia i wiążącego się z tym przysporzenia majątkowego. W świetle powyższego, w ocenie Izby, odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy wybranego wykazać może co najwyżej szkodę ewentualną sprowadzającą się do utraty możliwości uczestnictwa w kolejnym postępowaniu, która na

gruncie prawa cywilnego, jest prawnie obojętna. Szkada ewentualna oznacza bowiem, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia. Tym samym w niniejszym postępowaniu wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wymaga łącznego wykazania spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania poniesienia lub możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, biorąc pod uwagę, iż odwołujący nie wykazał żadnej z wymaganych przesłanek, powyższe prowadzi do wniosku, iż odwołujący w zakresie zarzutów wobec wyboru oferty złożonej przez wykonawcę Budimex i zaniechania wykluczenia go z postępowania nie wykazał dopuszczalności wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Powyższe oznacza wyłączenie merytorycznej oceny zarzutów przez Izbę. Z tych względów zarzuty wobec oferty Budimex nie będą podlegać rozpoznaniu.

Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zaskarżonej przez odwołującego czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania i odrzuceniu jego oferty, a w konsekwencji zatrzymania wadium, odwołujący wskazywał, iż przyczyną tych czynności było błędne stanowisko zamawiającego, jakoby odwołujący nie uzupełnił dokumentów na wezwanie zamawiającego. Tymczasem, jak podnosił odwołujący, uzupełnienie takie nastąpiło, ponieważ odwołujący w wykonaniu wezwania zamawiającego z dnia 6 czerwca 2011 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w dniu 10 czerwca 2011 r., a zatem w określonym w wezwaniu terminie, przesłał za pomocą faksu żądane w wezwaniu oświadczenia i dokumenty. Potwierdzone to zostało pismem doręczonym do siedziby zamawiającego 22 czerwca 2011 r., a zatem następnego dnia od uzyskania przez odwołującego oryginałów wszystkich dokumentów. Powyższa zwłoka wynikała tylko z uwagi na charakter dokumentów żądanych przez zamawiającego – oświadczeń dotyczących podmiotów zobowiązujących się do udostępnienia zasobów - których czas przesłania z Holandii, Tczewa i Szczecina za pomocą poczty i przesyłek kurierskich wyniósł kilkanaście dni. Odwołujący natomiast dostarczył je do siedziby zamawiającego następnego dnia po ich otrzymaniu. Zdaniem odwołującego nie sposób mówić o jakiegokolwiek zbędnej zwłoce, gdy czas potrzebny na dostarczenie pisma wynikał z obiektywnych i niezależnych od odwołującego przesłanek związanych z uzyskiwaniem tych dokumentów od osób trzecich. Ponadto odwołujący podnosił iż zamawiający w części I SIWZ Rozdział XII IDW poprzez sformułowanie: „*Wszelkie zawiadomienia, oświadczenia, wnioski oraz informacje Zamawiający i Wykonawcy mogą przekazywać pisemnie lub faksem*” dopuścił jako równoważne dwie formy porozumiewania się między wykonawcami a zamawiającym tj. faksu i pisemnej, a zatem

przesłanie odpowiedzi na wezwanie faksem w terminie wyznaczonym przez zamawiającego winno być uznane za potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu i bez znaczenia w kontekście potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu należy uznać fakt późniejszego złożenia oryginału pisma z załącznikami. Izba nie podziela powyższego stanowiska odwołującego, iż poprzez przesłanie faksem w dniu 10 czerwca 2011r., a następnie przekazanie w dniu 22 czerwca 2011 r. oryginałów dokumentów przesłanych faksem, dokonał w prawidłowy i skuteczny sposób uzupełnienia dokumentów i oświadczeń zgodnie z wezwaniem zamawiającego z dnia 6 czerwca 2011r. Bezasadną jest bowiem opinia, iż zamawiający dopuścił w SIWZ jako wystarczającą i równorzędną w swych skutkach do pisemnej formie faksową dla uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Odwołujący, powołując się na treść SIWZ cz. I Rozdział XII pomija w cytowanym przez siebie Rozdziale XII pkt 3, stanowiący, iż: *„Wszelkie zawiadomienia oświadczenia, wnioski oraz informacje przekazane za pomocą faksu wymagają na żądanie każdej ze stron niezwłocznego potwierdzenia faktu ich otrzymania. Uważa się je za złożone w terminie, jeżeli ich treść dotarła do adresata przed upływem terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie”*. Tym samym, zdaniem Izby, zamawiający dopuścił formę faksu dla zachowania terminu na składanie zawiadomień, oświadczeń, wniosków czy informacji w postępowaniu, jednak skuteczność zachowania terminu na ich dokonanie uzależnił od dwóch okoliczności: 1) aby ich treść dotarła do adresata (tu: zamawiającego) przed upływem terminu, 2) niezwłocznego potwierdzenia treści pisemnie. Powyższe oznacza, iż brak któregokolwiek z tych elementów, w szczególności, pisemnego niezwłocznego potwierdzenia, skutkuje uznaniem, iż przewidziana SIWZ forma nie została dochowana, a zatem nie można także uznać zachowania terminu, gdy taki był wymagany. Ponadto w Rozdziale X SIWZ pkt 5 stwierdzono, iż: *„Dokumenty i oświadczenia, o których mowa powyżej muszą zostać złożone w formie oryginału lub kopii potwierdzonej za „zgodność z oryginałem” przez Wykonawcę. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów o których mowa w § 1 ust. 2 i 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów są poświadczane za „zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Uznaje się, że pełnomocnictwo do podpisania oferty obejmuje pełnomocnictwo do poświadczenia za zgodność z oryginałem kopii dokumentów załączonych do oferty”*. Wprawdzie postanowienie powyższe zostało zamieszczone w Rozdziale X SIWZ „Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania”, jednak nie wydaje się, aby był to świadomy i oparty na racjonalnych podstawach zabieg zamawiającego różnicujący co do formy

dokumenty i oświadczenia przedkładane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia, zwłaszcza że wobec tych pierwszych zamawiający nie sprecyzował odrębnych postanowień w zakresie formy, a zarazem cytowany powyżej pkt 5 Rozdziału X SIWZ w swej treści stanowi w dużej mierze odzwierciedlenie § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia w sprawie dokumentów odnoszących się zarówno do dokumentów przedkładanych na potwierdzenie spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, jak i braku podstaw do wykluczenia. Niewątpliwie również i w treści wezwania z 6 czerwca 2011 r. zamawiający jednoznacznie sprecyzował swoje oczekiwania co do formy uzupełnienia: faksem oraz niezwłoczne potwierdzenie pisemne – pocztą. Tym samym stanowisko odwołującego wyrażone w odwołaniu, jakoby przesłanie odpowiedzi na wezwanie faksem w terminie wyznaczonym przez zamawiającego stanowiło skuteczne i wystarczające potwierdzenie spełnienia warunków, skutkujące uznaniem za bez znaczenia, w kontekście potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, faktu późniejszego złożenia oryginału pisma z załącznikami, nie może się ostać. Powyższe nie jest bowiem zgodne z treścią SIWZ ani wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z dnia 6 czerwca 2011 r. Ponadto Izba podziela stanowisko zaprezentowane przez przystępującego oraz zamawiającego, jak również wyrażone w szeroko cytowanym przez przystępującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 czerwca 2010 r. sygn. akt KIO 1017/10, iż prawidłową formę uzupełnianych dokumentów określa się z uwzględnieniem właściwych regulacji ustawy Pzp oraz rozporządzenia w sprawie dokumentów, w zależności od rodzaju uzupełnianych dokumentów czy oświadczeń. Brak jest bowiem przekonującego uzasadnienia dla różnicowania formy dokumentów w zależności od etapu postępowania, gdyż pozostawałoby to w sprzeczności z zasadą równości wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Słusznie zauważa przystępujący i zamawiający, iż przedmiotem wezwania były m.in. zobowiązania do udostępnienia zasobów, które zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przedkładane są jako „pisemne zobowiązanie”. Regulacja ta znajduje swoje odzwierciedlenie także w postanowieniach SIWZ (Rozdział IX pkt 8). Wprawdzie i w tym zakresie pojawiają się rozbieżności w orzecznictwie (wskazuje się na brak w ustawie Pzp sankcji nieważności za niezachowanie formy pisemnej oraz fakt, iż dokument taki – zobowiązanie - przedstawiany jest jako dowód i w tej mierze podlega ocenie (np. wyrok KIO z dnia 23 listopada 2010 r. sygn. akt KIO 2363/10, KIO 2364/10, KIO 2397/10), niezależnie jednak od opinii prezentowanych w orzecznictwie, uwzględniając przede wszystkim stanowisko zamawiającego wyrażone choćby w SIWZ, odwołujący nie mógł zakładać, iż faksowa kopia zobowiązań byłaby dla zamawiającego skutecznym dowodem, iż będzie dysponował zasobem. Powyższe świadczy również o niezasadności argumentacji odwołującego, iż przesłanie uzupełnienia faksem należy uznać za wystarczające dla uznania, iż wykonawca uzupełnił żądane dokumenty, jako że zamawiający

już w dacie 10 czerwca 2011 r. miał możliwość zapoznania się z ich treścią. Zdaniem Izby możliwość zapoznania się z treścią nie jest wyczerpującą przesłanką dla tezy o prawidłowości uzupełnienia, ponieważ nie pozwala ocenić choćby aspektów formalnych dokumentu (np. własnoręczności podpisu), które dla zamawiającego w niniejszym postępowaniu miały istotne znaczenie. Należy podkreślić, iż art. 26 ust. 2a i 2b ustawy Pzp jednoznacznie przesuwają ciężar dowodowy w zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wykonawcę, który zobligowany jest również do respektowania formalnej prawidłowości uzupełnienia.

Tym samym skoro zarówno z punktu widzenia regulacji zawartej w SIWZ, w treści wezwania z 6 czerwca 2011 r., jak i w przepisach prawa nie sposób uznać, iż samo przekazanie uzupełnienia faksem świadczy o skuteczności uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dla ustalenia, czy odwołujący w prawidłowy i skuteczny sposób dokonał uzupełnienia dokumentów na wezwanie zamawiającego z 6 czerwca 2011r., ocenie podlega kwestia niezwłocznego potwierdzenia pisemnego oświadczenia przekazanego faksem. Okoliczność przekazania uzupełnienia faksem w wymaganym terminie ma charakter bezsporny. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, iż w istocie nastąpiło to niezwłocznie, a zatem w rozsądnym terminie, usprawiedliwionym czasem niezbędnym na przesłanie oryginałów do siedziby zamawiającego. Nie sposób także uznać, iż sam termin wyznaczony przez zamawiającego należy uznać za zbyt krótki, niewystarczający dla zadośćuczynienia wezwaniu. Odwołujący dysponował bowiem 5 dniami roboczymi, co w świetle okoliczności niniejszej sprawy, gdzie dokumenty nie były przesyłane na bardzo duże odległości (jedynym krajem spoza Polski była Holandia), co, jak słusznie zauważał zamawiający, przy obecnym rozwoju usług pocztowych i kurierskich nie wymagało kilkunastodniowego terminu. Sam odwołujący nie kwestionował długości terminu wyznaczonego przez zamawiającego (co uczynił poprzednio w odniesieniu do żądanych wyjaśnień), a zatem należy przyjąć, iż uznawał go za realny i wiążący dla wykonania nałożonego obowiązku. Odwołujący nie wykazał także, iż opóźnienie nastąpiło z przyczyn obiektywnych, nie leżących po jego stronie, na które nie mógł mieć wpływu. Powyższe podlega ocenie z punktu widzenia zachowania wymaganej staranności, która w obrocie profesjonalnym, a takim jest rynek zamówień publicznych, ma wymiar zaostrożony. Okoliczność, na którą powołuje się odwołujący, iż przedłużanie się przekazania dokumentów w formie pisemnej spowodowane było faktem, iż uzupełnienie dotyczyło oświadczeń podmiotów trzecich udostępniających zasoby oraz przesyłaniem korespondencji za pomocą poczty i przesyłek kurierskich pomiędzy podmiotami udostępniającymi zasoby, członkiem konsorcjum oraz liderem konsorcjum, nie stanowi o obiektywnej przyczynie opóźnienia pozostającej poza sferą wpływu odwołującego. Powyższe dotyczy bowiem wewnętrznej organizacji w ramach

konsorcjum wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, na co członkowie konsorcjum niewątpliwie mają wpływ i która nie może stanowić obiektywnego uzasadnienia dla przedłużania terminów. Znając ustalone przez siebie zasady (w tym, jak wskazano na rozprawie, iż dokumenty od podmiotów, których zorganizowanie należało do partnera, gromadzone są przez tegoż partnera), odwołujący winien był ocenić możliwość ich realizacji, biorąc pod uwagę termin wyznaczony przez zamawiającego oraz dobierając odpowiednie środki komunikacji dla przekazania wymaganych dokumentów. Biorący udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego winni uwzględniać charakter i rygoryzm tego postępowania, w tym brać pod uwagę okoliczność, iż jest to postępowanie toczące się z określoną dynamiką, w którym terminy na dokonanie pewnych czynności są ściśle wyznaczone i nierzadko krótkie, zaś ich niezachowanie ma określone, niekorzystne dla wykonawcy konsekwencje. W ocenie Izby również sposób gromadzenia dokumentów w celu wysłania ich do zamawiającego, realizowany właściwie już po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego (korespondencję przekazywano od 10 czerwca 2011 r.), dodatkowo za pośrednictwem uczestnika konsorcjum, a następnie lidera, co niewątpliwie wydłużało obieg dokumentów oraz brak jakiegokolwiek reakcji wykonawcy w postaci skierowania do zamawiającego stosownego pisma z informacją o trudnościach w kompletowaniu dokumentów i wnioskiem o wydłużenie terminu, świadczy o niedochowaniu staranności, jakiej można oczekiwać w obrocie profesjonalnym. Trudno także przyznać odwołującemu rację, gdy powołuje się na okoliczność, iż to charakter dokumentów – oświadczeń podmiotów trzecich – determinował brak rzeczywistego wpływu odwołującego na sposób ich przekazania. Powyższe mogło być przedmiotem ustaleń pomiędzy podmiotami tak, aby terminowe wykonanie żądania zamawiającego było skuteczne, zwłaszcza że żądane dokumenty miały charakter dokumentów prywatnych, nie wymagały pozyskiwania ich od organów czy urzędów, na których terminowość działania wnioskodawca w istocie wpływu nie posiada. Należy bowiem zauważyć, iż uzupełniane oświadczenia datowane były na maj 2011 r. (np. zobowiązanie holenderskiej spółki Nautilus Eco-Civiel b.v. oraz Przedsiębiorstwa Budownictwa Wodnego w Tczewie Sp. z o.o. na 16 maja 2011 r., oświadczenie Pana Mieczysława P. na 10 maja 2011 r.), a zatem jedyną czynnością jaką należało przedsięwziąć było ich terminowe przekazanie. Powyższe było realizowane dopiero od 10 czerwca 2011 r. Niewątpliwie wykonawca, korzystając z zasobów podmiotów trzecich, ma pełną świadomość konieczności zgromadzenia i przekazania określonych dotyczących ich dokumentów oraz formy tych dokumentów, a zatem winien zagwarantować sobie skuteczne i terminowe ich przekazanie, dostosowując także sposób przekazania do wymaganych terminów. Niewątpliwie również wykonawca korzystając z dyspozycji art. 26 ust. 2b ustawy Pzp bierze na siebie ryzyka z tym związane. Tym samym skutki zaniechań czy opóźnień podmiotów trzecich, o ile nie mają charakteru obiektywnego i niezależnego od

tych podmiotów, obciążają podmiot, który z ich zasobów korzysta. Ponadto co do zasady wykonawca w terminie wymaganym przez zamawiającego winien dysponować dokumentami we właściwej formie, niezwłoczne przekazanie pisemne rozpatrywać należałoby jako czas niezbędny na ich dotarcie do zamawiającego np. drogą pocztową, a nie dopiero gromadzić dokumenty. Stanowisko zamawiającego uznające brak dochowania terminu na uzupełnienie dokumentów we właściwej formie skutkujące ich nieuwzględnieniem w procesie oceny oferty i wykluczeniem odwołującego należy zatem uznać za prawidłowe. Niezrozumiałym jest natomiast argument odwołania, iż zamawiający w piśmie zawiadamiającym o wykluczeniu nie neguje faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a wskazuje jedynie na uchybienia co do formy uzupełnienia. Izba podnosi, iż ze stanowiska zamawiającego wynika, iż uchybienie to zdecydowało o uznaniu, że w istocie uzupełnienie nie nastąpiło (uzupełnienie po terminie tożsame jest w swych skutkach z jego niedokonaniem). Niewątpliwie podstawą prawną wykluczenia wskazaną przez zamawiającego jest art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, a zamawiający przedstawił uzasadnienie przesłanek wykluczenia również poprzez odwołanie się do wymaganych warunków udziału w postępowaniu, które uznał za niespełnione. Przywołana okoliczność o nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, jak się wydaje, ma na celu zarówno wskazanie na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i przyczyn, dla których zamawiający nie uwzględnił uzupełnienia z 10 czerwca 2011 r. Równocześnie należy stwierdzić, iż odwołujący w odwołaniu nie podnosił zarzutów w zakresie nieprawidłowości samego wezwania z dnia 6 czerwca 2011 r., jak i okoliczności, iż niezależnie od uzupełnienia spełnia on wymogi zamawiającego i nie podlega wykluczeniu. Powyższe czynności z uwagi na treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp nie mogą być przedmiotem samodzielnego badania przez Izbę. Izba uznała zatem, iż skoro SIWZ przewidywała iż zachowanie wyznaczonego terminu ma miejsce wówczas, gdy treść oświadczenia została potwierdzona niezwłocznie pisemnie, to brak takiego niezwłocznego pisemnego potwierdzenia skutkuje niedochowaniem terminu dostarczenia dokumentów we właściwej formie. Powyższe uzasadnia zatem przyjęcie, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim takie uzupełnienie spełnienia warunków udziału miało potwierdzać.

Odnosząc się do zarzutu zatrzymania wadium z naruszeniem art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, Izba wzięła pod uwagę, że zatrzymanie wadium jest czynnością jakiej zamawiający dokonuje w postępowaniu, o której mowa w art. 180 ust. 1 ustawy Pzp, a więc przysługują wobec niej środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp. Prawidłowość takiej decyzji zamawiającego podlega zatem badaniu i weryfikacji przez Izbę. Stanowisko powyższe potwierdził także Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 maja 2010 r. sygn. akt V CSK 456/09, wskazując, że wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie

zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucję właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w konsekwencji przyjąć, że wykonawcy przysługują środki prawne określone ustawie Pzp. Sąd Najwyższy wskazywał również, że przepis art. 180 ust. 1 ustawy Pzp w brzmieniu obecnie obowiązującym, posługuje się dużo bardziej ogólną formułą aniżeli w brzmieniu sprzed 29 stycznia 2010 r., tj.: *„odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia”*, co doprowadziło Sąd Najwyższy do wniosku, że *„Relatywnie łatwiej zatem obecnie stwierdzić, że zatrzymanie wadium w tym sformułowaniu się mieści.”* Podobnie orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, wskazując na kierunek wyznaczony ww wyrokiem Sądu Najwyższego, potwierdza uprawnienie do wniesienia odwołania od powyższej czynności zamawiającego i dokonania oceny prawidłowości tej czynności przez Izbę (np. wyrok KIO z dnia 27 września 2010 r. sygn. akt KIO 1990/10, wyrok KIO z dnia 22 października 2010 r. sygn. akt KIO 2225/10). Uzasadniając bezprawność zatrzymania wadium, odwołujący wskazywał na błędną ocenę przez zamawiającego skuteczności uzupełnienia przez niego dokumentów, jako że złożenie uzupełnienia – zgodnie z żądaniem zamawiającego – nastąpiło w dniu 10 czerwca 2011 r., a zatem w terminie przezeń ustalonym, natomiast późniejsze złożenie oryginału pisma wraz z załącznikami nie uzasadnia jakoby żądane przez zamawiającego dokumenty nie zostały uzupełnione. W oparciu o powyższą argumentację uznawał, iż nie ziszcila się przesłanka zatrzymania wadium w rozumieniu art. 46 ust. 4a ustawy Pzp, zgodnie z którą zatrzymanie wadium wraz z odsetkami może wiązać się jedynie z faktycznym nieuzupełnieniem dokumentów, tudzież brakiem odpowiedzi wykonawcy na żądanie zamawiającego, co w niniejszej sprawie nie miało miejsca. Odnosząc się do powyższej argumentacji, stwierdzić należy, iż przesłanki zatrzymania wadium zostały zdefiniowane w art. 46 ust.4a ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust.3 ustawy Pzp nie złożył dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zatem warunkami koniecznymi zatrzymania wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy Pzp jest: 1) uprzednie wezwanie wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia brakujących dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, 2) niezłożenie wymaganych wezwaniem dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw, 3) nieudowodnienie przez wykonawcę, że takie nieuzupełnienie wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Warto wskazać, iż powyższy przepis został wprowadzony zmianą ustawy Pzp z dnia 4 września 2008r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008r. Nr 171 poz. 1058), zaś jego celem, na który wskazuje uzasadnienie nowelizacji, było zapobieganie tzw. znikom przetargowym wykonawców, którzy poprzez

celowe i uzgodnione zaniechanie uzupełniania dokumentów doprowadzali do konieczności wyboru przez zamawiającego jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę oferującego najwyższą cenę, ryzykując jedynie wykluczeniem z postępowania. Jak wynika z projektu ustawy: „Celem regulacji zawartej w art.46 ust.4a ustawy Pzp jest zrównanie sytuacji wykonawcy, który nie przedstawił żądanych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu z sytuacją wykonawców, którzy uchylają się od zawarcia umowy, bądź nie wnoszą zabezpieczenia należytego wykonania umowy.” W orzecznictwie podkreśla się sankcyjny charakter czynności zatrzymania wadium, co skutkować winno rozważnym jej stosowaniem. W szczególności podkreśla się, iż z wykluczenia wykonawcy nie można wywodzić automatycznego obowiązku zatrzymania wadium. Należy zatem badać charakter przyczyn, jakie legły u podstaw nieuzupełnienia wymaganych dokumentów, wpływu braku uzupełnienia dokumentów na postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również możliwość istnienia zmywy przetargowej. Nie bez znaczenia jest również analiza prawidłowości samego wezwania. Z drugiej jednak strony niezasadnym jest stanowisko, aby tylko fizyczny brak uzupełnienia lub całkowita bierność wykonawcy uzasadniała zatrzymanie wadium. Taki sposób rozumienia instytucji zatrzymania wadium w istocie wypacza jej cel, gdyż skutkowałby dopuszczeniem do sytuacji, gdy przedłożenie jakiegokolwiek dokumentu chroniłoby wykonawcę przed zatrzymaniem wadium, aczkolwiek i tak nie miałby możliwości uzyskania zamówienia na skutek niepotwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odnosząc powyższe rozważania do czynności zatrzymania wadium w niniejszym postępowaniu stwierdzić należy, iż niewątpliwie spełniona została przesłanka wezwania, które miało miejsce 6 czerwca 2011 r. Wobec czynności wezwania nie zostało wniesione odwołanie, co wyłącza obecną ocenę jego prawidłowości przez Izbę. Decyzja zamawiającego w tym zakresie stała się ostateczna, a i sam zamawiający, analizując spełnienie przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu, od niej nie odstąpił. Z kolei w odniesieniu do przesłanki niezłożenia dokumentów, których dotyczyło wezwanie, Izba, rozstrzygając powyżej zarzut odwołania, potwierdziła stanowisko zamawiającego, iż odwołujący nie uzupełnił dokumentów określonych przez zamawiającego w wyznaczonym w wezwaniu terminie. Zgodnie bowiem z SIWZ oraz treścią samego wezwania przekazanie dokumentu faksem było skuteczne tylko wówczas, gdy kumulatywnie spełnione zostały warunki, aby w wyznaczonym terminie adresat mógł zapoznać się z treścią dokumentu oraz aby treść ta została niezwłocznie przekazana mu pisemnie. Tym samym w istocie nie nastąpiło uzupełnienie dokumentów zgodnie z żądaniem zamawiającego, jako że niedochowanie wyznaczonego terminu na przekazanie dokumentów w wymaganej formie należy uznać za tożsame w skutkach z faktycznym brakiem uzupełnienia. Świadczy o tym również okoliczność, że uzupełnione dokumenty nie były przez zamawiającego brane pod

uwagę na potrzeby oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Uznać zatem należy, iż spełniona została także przesłanka niezłożenia dokumentów/oświadczeń. Aby zatem wyłączona była dopuszczalność zatrzymania wadium odwołujący winien udowodnić, iż niezuzupełnienie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Należy podkreślić, iż ustawodawca posłużył się pojęciem przyczyny, a nie winy, zatem również wszystkie niezawinione okoliczności leżące po stronie wykonawcy stanowią podstawę do zatrzymania wadium (podobnie W. Dzierżanowski „Odwołanie z powodu zatrzymania wadium”, *Przetargi Publiczne* 10/2010). Jak zostało ustalone powyżej Izba, analizując przyczyny niedochowania formy uzupełnienia nie dopatrzyła się okoliczności przemawiających za uznaniem, iż nastąpiło ono na skutek przyczyn nieleżących po stronie odwołującego. Tym samym czynność zatrzymania wadium, zdaniem Izby, znajduje oparcie w art. 46 ust. 4a ustawy Pzp.

Odnosząc się do powołanego w uzasadnieniu wykluczenia twierdzenia, w którym zamawiający podał, iż pozycja nr 2 Wykazu zrealizowanych zamówień dotyczy robót zrealizowanych na wodach morskich – nie śródlądowych (basen portowy) odwołujący podnosił, iż powyższe nie było przedmiotem jakiegokolwiek wezwania ze strony zamawiającego w trybie wyjaśnień lub uzupełnień. Wezwanie z dnia 6 czerwca 2011 r. dotyczyło tylko wykazania doświadczenia w zakresie wykonania prac pogłębiarskich lub umocnień brzegowych, z zastrzeżeniem iż co najmniej jedna z prac (pogłębiarskich lub umocnieniowych) winna być o wartości brutto nie mniejszej niż 1 mln zł. W wezwaniu kwestia ta nie była podnoszona, zaś twierdzenie z pisma o wykluczeniu dotyczy wyłącznie pozycji nr 2 Wykazu, przy czym zdaniem odwołującego już pozycja 1 potwierdza spełnienie warunku. Zarzut odwołującego tym zakresie uznać należy za zasadny o tyle, iż w istocie zamawiający w informacji o wykluczeniu dość enigmatycznie odniósł się do przesłanki niewykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w zakresie wykonania robót pogłębiarsko-czerpalnych i umocnieniowych. Zgodnie z postanowieniami SIWZ Rozdział VIII pkt 2 ppkt 3 IDW wykonawca spełni warunek w zakresie wiedzy i doświadczenia, kiedy wykaże, że: „w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończył roboty odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia polegające na:

- wykonaniu robót pogłębiarskich – czerpalnych (minimum 1 robota o kubaturze min. 20 000 m³) prowadzonych na śródlądowych drogach wodnych (przez śródlądowe drogi wodne Zamawiający rozumie rzeki i/lub kanały żeglowne i/lub nieżeglowne) w celu poprawy ich parametrów żeglugowych bądź przepustowych. Zamawiający nie uznaje robót polegających na komercyjnym poborze kruszywa za spełniające powyższe kryteria;

- wykonaniu umocnień brzegowych (podwójna palisada drewniana wypełniona walcami kamiennymi i faszynowymi wegetacyjnymi) o łącznej długości odcinków nie mniejszej niż 2 km (w tym wykonanie co najmniej jednego odcinka o długości minimum 500 m).

Co najmniej jedna z wykonanych robót (pogłębiarskich lub umocnieniowych) ma przedstawiać wartość brutto nie mniejszą niż 1 000 000 zł (słownie: jeden milion złotych)".

Tym samym wymóg wykonania robót pogłębiarskich-czerpalnych jednoznacznie dotyczyć miał robót prowadzonych wyłącznie na śródlądowych drogach wodnych, przy czym wykazanie jednej roboty spełniającej ww wymogi było wystarczające. Równocześnie jednak zamawiający wymagał, aby co najmniej jedna z robót spełniała postawiony wymóg wartościowy. Jak zamawiający wyjaśniał w toku rozprawy, w istocie jego zarzut w tym zakresie sprowadzał się do niewykazania się przez odwołującego robotą na wymaganą wartość, ponieważ robota z pozycji nr 1 wykazu nie spełniała tego wymogu, robota z pozycji nr 2 nie podlegała ocenie jako nieodpowiadająca treści warunku, a i pozostałe pozycje z zakresu robót umocnieniowych nie potwierdzały, w opinii zamawiającego, warunku w zakresie minimalnej wartości. Powyższa okoliczność (tj. brak wykazania się robotą o wartości minimalnej 1 mln zł) była przedmiotem wezwania z dnia 6 czerwca 2011 r. (pkt 1 wezwania). Co do przedmiotowej właściwości robót pogłębiarskich-czerpalnych odwołujący w treści odwołania nie wykazywał, iż robota określona w pozycji 2 jest zgodna z treścią warunku (odnosił się jedynie do okoliczności, iż robota z pozycji 1 wymóg zamawiającego spełnia). Sam zamawiający również nie wykazywał, aby robota z pozycji 1 nie odpowiadała przedmiotowo wymogom zamawiającego. Tym samym należałoby przyjąć, iż w odniesieniu do warunku wykonania co najmniej 1 roboty pogłębiarskiej-czerpalnej o sprecyzowanym przez zamawiającego zakresie odwołującemu nie można postawić zarzutu, iż nie wykazał się wykonaniem takiej roboty. Nawet jednak gdyby uznać, iż zamawiający poprzez brak precyzji w informacji o wykluczeniu w istocie sformułował kolejną przesłankę uzasadniającą wykluczenie odwołującego, której nie sposób uznać za zasadną, w świetle nieuznania zarzutu w zakresie niezasadności wykluczenia z uwagi na nieuzupełnienie dokumentów zgodnie z wezwaniem z 6 czerwca 2011 r., powyższe pozostaje w istocie bez wpływu na wynik postępowania i nie mogłoby stanowić podstawy dla uwzględnienia odwołania zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 7 ustawy Pzp odwołujący podkreślał prowadzenie badania i oceny ofert na odmiennych zasadach wobec odwołującego i przystępującego, tj. wnikliwym weryfikowaniu prawidłowości oferty odwołującego przy równoczesnym zaniechaniu takiej drobiazgowej weryfikacji wobec oferty przystępującego, jak również dokonanie wezwania do wyjaśnień i uzupełnienia zgodnie z pismem przystępującego z 27 maja 2011 r., przy braku analogicznych czynności wobec wad

występujących w ofercie Budimex. Stwierdzić należy, iż z uwagi na podniesioną w niniejszym uzasadnieniu kwestię braku spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp wobec kwestionowania prawidłowości oferty przystępującego, powyższy zarzut winien być rozpatrywany w kontekście odmiennej oceny oferty odwołującego i przystępującego skutkującej tym, iż w analogicznej sytuacji oferta odwołującego została oceniona inaczej niż oferta przystępującego. W ocenie Izby odwołujący takich przypadków nie wykazał. Jak bowiem podnosił zamawiający, niektóre z okoliczności wykazywanych w ofercie Budimex, a kwestionowanych przez odwołującego znane mu były niejako z urzędu, ponieważ był odbiorcą wykazywanych na potwierdzenie spełnienia wymogów robót, toteż miał pełne rozeznanie co do ich zakresu i nie było potrzeby wzywania oferenta do wyjaśnień (np. w odniesieniu do doświadczenia Pana Pawła G. wykazywanego przez Budimex na potwierdzenie wymogu zawartego w SIWZ Rozdział VIII pkt 2 ppkt 1). Podobnie w zakresie zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia rozbieżności pomiędzy wykazem robót a treścią referencji, odwołujący nie udowodnił, iż jego oferta została potraktowana w sposób odmienny i dla niego niekorzystny, zwłaszcza że również w dokumentach referencyjnych, którymi odwołujący się posługiwał, znajdują się sformułowania inne niż te, na które powołał się w wykazie. Podobnie odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego art. 5 Kodeksu cywilnego. Samo stwierdzenie o „*czynieniu z wezwania do uzupełnienia i zatrzymania wadium instrumentów bezrefleksyjnej i bezpodstawnej eliminacji wykonawców z postępowania w oparciu o błędną interpretację przepisów obowiązującego prawa*” nie kreuje uzasadnienia zarzutu, w szczególności, że art. 5 Kodeksu cywilnego jest normą o charakterze wyjątkowym i podkreśla się konieczność bardzo ostrożnego stosowania tego przepisu. Ponadto odwołujący, uznając nieprawidłowość wezwania, mógł wnieść wobec niego środki ochrony prawnej, czego jednak nie uczynił na żadnym etapie postępowania, a zatem niejako zgodził się na potencjalne skutki, które wiązać się będą z brakiem zadośćuczynienia wezwaniu. Odwołujący jest doświadczonym uczestnikiem rynku zamówień publicznych, trudno zatem przyjąć, aby nie miał takiej świadomości.

W konsekwencji powyższych ustaleń poczynionych przez Izbę uznać należy, iż odwołujący nie wykazał, aby zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty z naruszeniem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Tym samym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący: