

**WYROK**  
**z dnia 14 marca 2014 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Daniel Konicz**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 marca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 lutego 2014 r. przez Odwołującego – ENERGA Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (81-855), przy ul. Rzemieśniczej 17/19 w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-788 Gdańsk

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu:**

- 1.1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Utrzymanie w sprawności i bieżąca konserwacja oraz awaryjne naprawy sygnalizacji świetlnych w ciągach dróg wojewódzkich administrowanych przez ZDW w Gdańsku” w części VI i VII postępowania;
- 1.2. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego – ENERGA Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (81-855), przy ul. Rzemieśniczej 17/19 z postępowania w części VI i VII;
- 1.3. wezwanie Odwołującego – w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. ze zm.) – do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w części VI i VII postępowania;
- 1.4. dokonanie ponownego badania i oceny ofert w części VI i VII postępowania z uwzględnieniem oferty Odwołującego – ENERGA Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (81-855), przy ul. Rzemieśniczej 17/19;

**2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-788 Gdańsk, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – ENERGA Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (81-855), przy ul. Rzemieśniczej 17/19, tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego – Zarządu Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-788 Gdańsk na rzecz Odwołującego ENERGA Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (81-855), przy ul. Rzemieśniczej 17/19 kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych 00/100), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Gdańsku, ul. Mostowa 11A, 80-778 Gdańsk prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Utrzymanie w sprawności i bieżąca konserwacja oraz awaryjne naprawy sygnalizacji świetlnych w ciągach dróg wojewódzkich administrowanych przez ZDW w Gdańsku” (znak sprawy: 01/2014/PN/WUD), zwane dalej „Postępowaniem”. Przedmiot zamówienia podzielony został na 7 części.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Ustawą PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 10 stycznia 2014 r., pod numerem 11854-2014, a ogłoszenie o zmianie ogłoszenia – w dniu 16 stycznia 2014 r., pod numerem 18870-2014.

W dniu 17 lutego 2014 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach II-VIII. Następnie, pismem z dnia 18 lutego 2014 r. sprostowano oczywiste omyłki w treści rozstrzygnięć dotyczących części VI i VII Postępowania, na które to najkorzystniejszą ofertę złożył Odwołujący. Z kolei w dniu 24 lutego 2014 r., Zamawiający przesłał wykonawcom pismo pn.: „Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17.02.2014 r.”, w którym poinformował ich o wykluczeniu z udziału w części VI i VII Postępowania wykonawcy ENERGA Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (81-855), przy ul. Rzemieślniczej 17/19, której oferta – zgodnie z treścią wcześniejszej korespondencji – została uznana pierwotnie za najkorzystniejszą w częściach VI i VII Postępowania oraz o unieważnieniu postępowania w tym zakresie.

Powyższe rozstrzygnięcie zostało zaskarżone w dniu 28 lutego 2014 r. (data wpływu do Prezesa Izby) odwołaniem wniesionym przez wykonawcę ENERGA Oświetlenie sp. z o.o. z siedzibą w Sopocie (81-855), przy ul. Rzemieślniczej 17/19 (dalej: „Odwołujący”).

Zarzucił on Zamawiającemu naruszenie przepisów prawa, które miały wpływ na wynik

Postępowania, a to:

1. art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy PZP poprzez zaniechanie czynności tam wskazanych, których to realizacja w okolicznościach przedmiotowej sprawy była obligatoryjna;
2. 87 ust. 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie czynności żądania wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, podczas gdy realizacja tej czynności w okolicznościach przedmiotowej sprawy była obligatoryjna;
3. art. 24 ust. 2 ustawy PZP poprzez wykluczenie Wykonawcy z Postępowania, podczas gdy w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie istnieją ku temu przesłanki;
4. art. 24 ust. 3 i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie poinformowania Odwołującego w piśmie z dnia 24 lutego 2014 r. pn.: „Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17.02.2014 r.” o podstawach prawnych jego wykluczenia i zaniechanie zawarcia w tym piśmie uzasadnienia prawnego takiej decyzji.

W świetle tak sformułowanych zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na jego wykluczeniu z Postępowania;
2. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności polegającej na wezwaniu Odwołującego do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez niego warunków udziału w Postępowaniu, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy PZP oraz do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez Odwołującego oferty.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jego oferta powinna być uznana za najkorzystniejszą, jako że zawiera najniższą cenę. W konsekwencji, Odwołujący – w następstwie niezgodnego z prawem wykluczenia z Postępowania – niewątpliwie poniósł szkodę.

Na wstępie Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający nie poinformował go w piśmie z dnia 24 lutego 2014 r. o uzasadnieniu prawnym jego wykluczenia, wobec czego Odwołujący nie zna podstaw prawnych takiej decyzji Zamawiającego.

Na uzasadnienie sformułowanych w odwołaniu zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający – pismem z dnia 6 lutego 2014 r. (znak pisma: 6.2460.01.2014.AG) –

wezwał go do uzupełnienia oświadczenia o wykonywanych usługach o wskazanie ilości sygnalizacji, oraz czy obejmowały one również naprawy sygnalizacji. Zdaniem Odwołującego przedstawił on oświadczenie uzupełnione o wymagane informacje w terminie, tj. do dnia 12 lutego 2014 r. Zamawiający nie kwestionował wówczas okresu, na który była zawarta umowa obejmująca wykonanie usługi na terenie administrowanym przez RDW Wąbrzeźno, wskazanego w treści uzupełnionego oświadczenia. To zaś spowodowało, że Odwołujący nie miał w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwości przedstawienia wyjaśnień lub innych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, na potwierdzenie którego składane było uzupełniane oświadczenie.

Rzekomy brak spełnienia w/w warunku stanowił podstawę wykluczenia Odwołującego. Zamawiający jednak przed jego wykluczeniem zaniechał czynności wskazanych w treści art. 26 ust. 3 i 4 Ustawy PZP oraz art. 87 ust. 1 Ustawy PZP, które to – w ocenie Odwołującego – rozwiąłyby wątpliwości związane z nieścistością w jego ofercie i wykazałyby, iż Odwołujący spełniał wszelkie warunki udziału w Postępowaniu. Na poparcie przedstawionej argumentacji Odwołujący przytoczył orzecznictwo KIO i poglądy doktryny prawa zamówień publicznych.

Odwołujący oświadczył również, że w okresie od dnia 1 stycznia 2013 r. do dnia 31 grudnia 2013 r. wykonywał usługę konserwacji i naprawy 12 sygnalizacji świetlnych na terenie administrowanym przez RDW Wąbrzeźno, co oznacza, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, tak więc jego wykluczenie było nieuzasadnione i krzywdzące.

W piśmie z dnia 6 marca 2014 r. (data wpływu do Prezesa Izby – 7 marca 2014 r.), stanowiącym odpowiedź na odwołanie, Zamawiający stwierdził, że zarzuty Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, wobec czego brak jest podstaw do uwzględnienia odwołania.

Zamawiający wskazał na wstępie, że w części VI i VII Postępowania złożone zostały dwie oferty, z których jedna była ofertą Odwołującego, druga zaś – oferta wykonawcy Zakład Usług Inżynierskich „ELDRO-FL” sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (80-536), przy ul. Letnickiej 1, zwanego dalej „Wykonawcą ELDRO-FL”.

Następnie Zamawiający przytoczył opis sposobu oceny spełniania warunku udziału w Postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia i stwierdził, że na etapie oceny ofert nie był w stanie dokonać oceny spełniania tego warunku przez Odwołującego na podstawie załączonego do jego oferty oświadczenia, jako że brakowało w nim wskazania ilości sygnalizacji objętych zrealizowanymi usługami oraz stwierdzenia, czy usługi owe

obejmowały również naprawy sygnalizacji. Wobec tego wystosował do Odwołującego pismo zawierające wezwanie do uzupełnienia wspomnianego oświadczenia, którego fragment treści przytoczył. W odpowiedzi Odwołujący złożył stosowne oświadczenie.

Zamawiający podkreślił, że nie miał wątpliwości odnośnie pozostałych elementów treści oświadczenia, tym odnoszących się do okresów realizacji wykazanych usług. Terminy zostały wskazane przez Odwołującego właściwie (określone datami – dzień/miesiąc/rok). Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia było bowiem wykonanie dwóch usług trwających minimum 12 miesięcy. Na etapie składania ofert Odwołujący w omawianym oświadczeniu określił terminy realizacji wykonanych usług (poz. 2 i 3 oświadczenia) na okres przypadający od dnia 1 stycznia 2012 r. do dnia 31 grudnia 2012 r.

Następnie Zamawiający wskazał, że w dniu 17 lutego 2014 r. powiadomił o wyborze oferty Odwołującego. W odpowiedzi na zawiadomienie otrzymał on, w dniu 20 lutego 2014 r., od Wykonawcy ELDRO-FL, który także został poinformowany o rozstrzygnięciu Postępowania, pismo zawierające żądanie zmiany wyników przetargu z uwagi na niespełnianie przez Odwołującego warunków udziału w Postępowaniu. W powołanej korespondencji, zdaniem Zamawiającego, Wykonawca ELDRO-FL dowiódł, że oferta Odwołującego zawierała nieprawdziwe informacje odnośnie rzeczywistych okresów realizacji usług wymienionych w oświadczeniu. Do pisma Wykonawcy ELDRO-FL załączone zostały wydruki ze stron internetowych określające, że usługa z poz. 2 oświadczenia (RDW Wąbrzeźno) świadczona była na podstawie umowy zawartej w dniu 2 lutego 2012 r., zaś z poz. 3 (RDW Toruń) – na podstawie umowy zawartej w dniu 6 lutego 2012 r. Zamawiający skonstatował, że wskazane powyżej informacje potwierdziły się na etapie ich sprawdzenia przez Zamawiającego.

Podsumowując Zamawiający stwierdził, że zwrócił się do Odwołującego, w trakcie badania i oceny ofert, o uzupełnienie dokumentów w zakresie, w jakim ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu (informacja o ilości sygnalizacji oraz to, czy usługa obejmowała również ich naprawę), zaś w pozostałym zakresie (np. terminów świadczenia usług) nie miał podstaw do wzywania Odwołującego, jako że nie miał jakichkolwiek wątpliwości. Podkreślił, że nie mógł wówczas kwestionować okresu, na który została zawarta umowa (umowy), bowiem nie miał czego kwestionować. Zamawiający zaznaczył, że nie ciąży na nim obowiązek każdorazowego badania prawdziwości złożonych oświadczeń, czy wszystkich zawartych w nich informacji, jeżeli nie

ma ku temu powodów. Stwierdził, że domniemywa, iż Wykonawcy składają wyłącznie prawdziwe informacje.

Zamawiający wywiódł, że nie miał możliwości, po uzyskaniu od Wykonawcy ELDRO-FL informacji o okresach świadczenia przez Odwołującego usług ujętych w jego oświadczeniu pod poz. 2 i 3, ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów, jako że Odwołujący musiałby przedstawić „inną/nową drugą brakującą usługę”. Tym samym Odwołujący byłby „po raz kolejny/drugi wezwany do uzupełnienia dokumentów, o które był już wcześniej przez Zamawiającego wzywany”. Co więcej, Zamawiający stwierdził, że nie miał prawa, po zakwestionowaniu i udowodnieniu przez Wykonawcę ELDRO-FL, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje, wyjaśnić z nim treści złożonej oferty i umożliwić mu po raz kolejny wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu, bowiem naruszałoby to zasadę równego traktowania wykonawców. Zamawiający zauważył ponadto, że w treści odwołania Odwołujący wskazuje na wykonanie nowej, innej usługi, nie wykazanej wcześniej na etapie składania i oceny ofert.

Zamawiający – w odniesieniu do unieważnienia Postępowania – stwierdził, że co prawda otrzymał od Wykonawcy ELDRO-FL pismo sygnalizujące naruszenie tą czynnością przepisów Ustawy PZP, złożone w trybie przepisu art. 181 ust. 1 Ustawy PZP i zawierające żądanie wyboru jego oferty, tym niemniej zasygnalizował, że okres związania ofertą upłynął w dniu 20 lutego 2014 r., wobec czego nie było możliwe dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty, co uzasadniało konieczność unieważnienia Postępowania w części VI i VII.

Na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą strony podtrzymały swoje stanowiska procesowe i argumentację na ich poparcie. Odwołujący złożył dodatkowo uwierzytelnione kopie umów zawartych z Zarządem Dróg Wojewódzkich – Rejonem Dróg Wojewódzkich w Wąbrzeźnie z dnia 2 lutego 2012 r. (umowa nr ZDW.RDW4.12d.361-1/2012) i 27 grudnia 2012 r. (umowa nr ZDW.RDW4.12d.361-16/2012), z których treści wywodził, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia. Dodatkowo załączył do akt sprawy uwierzytelnioną kopię poświadczenia z dnia 10 marca 2014 r., wystawionego przez Kierownika Rejonu Dróg Wojewódzkich w Wąbrzeźnie stwierdzającego, że usługa objęta drugą z ww. umów została wykonana należycie.

Zamawiający argumentował natomiast, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się „uostatecznieniem” decyzji zawartych w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu Postępowania, wobec czego nie miał już obowiązku wzywania

Odwołującego do uzupełniania jakichkolwiek dokumentów tym bardziej, że miałyby to miejsce po raz kolejny w stosunku do Odwołującego.

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

Na wstępie stwierdzono, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 Ustawy PZP. Oferta złożona przez Odwołującego w części VI („Rejon Dróg Wojewódzkich w Pucku”) i VII („Rejon Dróg Wojewódzkich w Starogardzie Gdańskim”) Postępowania była – biorąc pod uwagę jedyne kryterium oceny ofert (cena – 100%) – najkorzystniejsza. Gdyby zatem Odwołujący nie został wykluczony z udziału w Postępowaniu, to mógłby uzyskać zamówienie publiczne.

W odniesieniu do merytorycznej oceny odwołania Izba stwierdziła, że jest ono zasadne z przyczyn, o których mowa poniżej.

Bezspornie warunkiem udziału w postępowaniu, w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców, było legitymowanie się przez nich wykonaniem/wykonywaniem w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 2 zamówień odpowiadających swoim przedmiotem usługom będącym przedmiotem Postępowania, tzn. polegających na konserwacji, bieżącej obsłudze technicznej oraz naprawie sygnalizacji świetlnych w ilości odpowiadającej danej części Postępowania u jednego zarządcy dróg publicznych, przez okres minimum 12 miesięcy (dokument nr 2 – SIWZ, str. 5, w aktach sprawy). W części VI chodziło zatem o wykazanie 2 opisanych powyżej usług obejmujących 11 sygnalizacji świetlnych, zaś w części VII – 10 sygnalizacji.

Nie ulega również wątpliwości, że Odwołujący w pierwotnie załączonych do oferty wykazach usług złożonych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w częściach VI i VII (dokument pn.: „Doświadczenie”, stanowiący załącznik nr 4 do Rozdziału II SIWZ) nie zawarł informacji dotyczących zakresu wykonanych usług i ilości sygnalizacji, które były nimi objęte (dokument nr 24 – oferta Odwołującego, str. 18, w aktach sprawy). Wobec powyższego został przez Zamawiającego wezwany do uzupełnienia tych informacji w ww. zakresie, co też miało miejsce (*vide* dokument nr 8 – pismo Odwołującego z dnia 10 lutego 2014 r. wraz z załącznikami – dokumentami pn.: „Doświadczenie” złożonymi do części VI i VII Postępowania, w aktach sprawy).



Z uwagi na niekwestionowanie przez Zamawiającego skuteczności uzupełnienia przez Odwołującego dokumentów w zakresie, w jakim był on do tego wezwany (ilość sygnalizacji, zakres obejmujących je usług) do rozstrzygnięcia pozostała kwestia okresu, przez jaki były one świadczone (w istocie kluczową jest tu usługa wykazana pod poz. 2 dokumentu pn.: „Doświadczenie”, wykonana przez Odwołującego na rzecz Zarządu Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy – Rejonu Dróg Wojewódzkich w Wąbrzeźnie) oraz możliwości kolejnego wezwania Odwołującego do uzupełnienia tego samego dokumentu.

W okolicznościach sprawy nie można czynić Zamawiającemu zarzutu, że nie wiedział on na etapie wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów (tj. w dniu 6 lutego 2014 r.) o okolicznościach, które także powinny zostać wyjaśnione, a dotyczących okresów, w jakich świadczone były usługi wymienione pod poz. 2 i 3 dokumentu pn.: „Doświadczenie” (w szczególności zaś – jak wskazano – pierwsza z nich), załączonego do oferty złożonej na część VI i VII Postępowania. Informacje, że ww. usługi mogły być świadczone przez czas krótszy aniżeli wynikało to ze wspomnianych dokumentów (wykazów) Zamawiający powziął wiadomość dopiero w dniu 20 lutego 2014 r., na podstawie pisma Wykonawcy ELDRO-FL, który także złożył ofertę w części VI i VII Postępowania.

W takiej sytuacji, wbrew zapatrywaniom Zamawiającego, winien on wynikłą kwestię wyjaśnić z Odwołującym, nie zaś unieważniać wybór najkorzystniejszej oferty z jednoczesnym wykluczeniem go z udziału w Postępowaniu. Nie sposób zgodzić się z argumentacją Zamawiającego, że „[...]nie ciąży (na nim – przyp. Izby) obowiązek każdorazowego badania prawdziwości złożonych oświadczeń/wszystkich przedstawionych w nich informacji, jeśli nie ma ku temu powodu[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 3), a to z co najmniej dwóch względów.

Po pierwsze – w niniejszej sprawie spór nie powstał na gruncie podania przez Odwołującego w złożonej ofercie informacji, które zostały przez Zamawiającego uznane za nieprawdziwe. W konsekwencji nie zastosowano względem Odwołującego podstawy wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP, zaś w piśmie z dnia 24 lutego 2014 r. Zamawiający *explicite* wskazał, że przyczyną wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu była okoliczność, że „[...]Wykonawca nie wykazał spełniania w/w warunku (tj. warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia – przyp. Izby) w zakresie min. 12 miesięcznego okresu świadczenia usługi[...]” (dokument nr 19 – „Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej ofert z dnia 17.02.2014 r.”, w aktach sprawy). Argumentacja dotycząca nieprawdziwości informacji zawartych w dokumentach złożonych przez Odwołującego użyta została przez Zamawiającego dopiero w odpowiedzi na odwołanie, co – wobec wcześniej

jasno wskazanej podstawy wykluczenia Odwołującego – nie może odnieść względem Odwołującego, na tym etapie, żadnego negatywnego skutku, w szczególności zaś nie uzasadnia wskazanej w ww. korespondencji podstawy wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu.

Jedynie na marginesie Izba stwierdza, że chybione są przy tym twierdzenia Zamawiającego, jakoby „[...]nie miał prawa, po zakwestionowaniu i udowodnieniu (podkreślenie Izby) przez drugiego uczestnika postępowania, że Odwołujący złożył nieprawdziwe informacje[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 3) nie tylko z tego względu, że – jak stwierdzono powyżej – niniejsza sprawa nie dotyczy w ogóle kwestii prawdziwości podanych w ofercie Odwołującego informacji, ale także z uwagi na okoliczność, że Zamawiający nie przedstawił dowodów uzasadniających zawarte w odpowiedzi na odwołanie stwierdzenie, że „[...]Powyższe informacje, na etapie sprawdzenia przez Zamawiającego, potwierdziły się[...]” (odpowiedź na odwołanie, str. 3). Ograniczył się bowiem do załączenia do ww. pisma procesowego przedstawionych przez Wykonawcę ELDRO-FL, za pismem z dnia 20 lutego 2014 r. wydruków ze stron internetowych zamawiających, na rzecz których wykonywane były zakwestionowane usługi (załączniki do dokumentu nr 18, w aktach sprawy) i do stwierdzenia, że „[...]dyrektor do spraw utrzymania dróg u zamawiającego przeprowadził rozmowę telefoniczną odnośnie okresu wykonywania wyżej wymienionej usługi z pracownikiem RDW w Wąbrzeźnie[...]” (protokół z rozprawy, str. 5), na dowód której nie złożono żadnego dokumentu (np. notatki służbowej).

Takie postępowanie uchybia, zdaniem Izby, obowiązkowi instruowania postępowania odwoławczego, o którym mowa w przepisie art. 190 ust. 1 Ustawy PZP, bowiem to na Zamawiającym spoczywa ciężar udowodnienia podstaw wykluczenia Odwołującego z udziału w Postępowaniu. Zamawiający, po otrzymaniu pisma od Wykonawcy ELDRO-FL, mógł bowiem wystąpić do właściwych podmiotów (zamawiających) – w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U.2001.112.1198 ze zm.), do której odsyła przepis art. 139 ust. 1 Ustawy PZP – o przesłanie kopii zakwestionowanych przez Wykonawcę ELDRO-FL umów, czego Zamawiający – jak sam przyznał na rozprawie – nie zrobił (protokół z rozprawy, str. 5). Miał również możliwość zwrócenia się do nich – w trybie przepisu § 1 ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U.2013.231) – o przedłożenie mu bezpośrednio dodatkowych informacji lub dokumentów dotyczących wykonania zamówień, które wzbudzały jego wątpliwości. Ostatecznie to Odwołujący, nie zaś Zamawiający

przedłożył na rozprawie zakwestionowaną umowę z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy – Rejonem Dróg Wojewódzkich w Wąbrzeźnie z dnia 2 lutego 2012 r.

Po drugie – Zamawiający pozostaje w błędzie próbując konstruować argumentację, zgodnie z którą – jak się wydaje – jednorazowa ocena spełniania warunków udziału w prowadzonym przezeń postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wyczerpuje w całości jego rolę w tym zakresie. Jest tak w sytuacji, w której w toku prowadzenia procedury udzielenia zamówienia nie ujawnią się inne/dodatkowe i nieznane wcześniej gospodarzowi postępowania (Zamawiającemu) okoliczności. Natomiast w odwrotnej sytuacji Zamawiający, zdaniem Izby, powinien ponownie zweryfikować sytuację wykonawców i ich zdolność do należytego wykonania zamówienia publicznego, co zresztą miało miejsce. Zamawiający samodzielnie unieważnił swoje wcześniejsze rozstrzygnięcie – wybór w części VI i VII Postępowania oferty Odwołującego i zdecydował o jego wykluczeniu, tym niemniej odbyło się to bez uprzedniego przeprowadzenia odpowiedniej procedury, o czym będzie mowa w dalszej części uzasadnienia.

W świetle nowych okoliczności, o których Zamawiający powziął informacje dopiero po wyborze oferty Odwołującego chybiona jest również argumentacja, zgodnie z którą ponowne umożliwienie mu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu naruszałoby zasadę równego traktowania wykonawców. Przeciwnie – to uniemożliwienie jednemu z wykonawców wypowiedzenia się w kwestii, o którą Zamawiający wcześniej nie pytał i ewentualne przedłożenie dokumentów i oświadczeń umożliwiających jednoznaczne jej rozstrzygnięcie naruszałoby powoływaną przez Zamawiającego zasadę. Każdy wykonawca ma bowiem prawo oczekiwać wyczerpującej oceny jego zdolności do wykonania zamówienia (w tym istnienia braku przeciwskażeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego) i treści złożonej oferty pod kątem wymagań stawianych przez organizatora postępowania i – co do zasady, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w Ustawie PZP (*vide* przykładowo przepis art. 26 ust. 3 zd. pierwsze *in fine* Ustawy PZP) – mieć możliwość ustosunkowania się do każdego uchybienia (niejasności), na którą w ww. zakresie zwróci uwagę Zamawiający.

Jakkolwiek niekwestionowana w orzecznictwie Izby jest reguła, w myśl której zamawiający wzywa o uzupełnienie oświadczeń i dokumentów, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy PZP, jednokrotnie i skład orzekający podziela ją w całej rozciągłości, tym niemniej zasada owa doznaje pewnych wyjątków.

Pierwszy z nich wynika z literalnego brzmienia wspomnianego powyżej przepisu art. 26 ust. 3 zd. pierwsze *in fine* Ustawy PZP. Zaktualizowanie się na gruncie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jednej ze wskazanych tam okoliczności zwalnia zamawiającego – mimo dostrzeżonych przezeń braków/błędów w dokumentach załączonych do oferty – z obowiązku wszczynania procedury uzupełniania oświadczeń i dokumentów w ogóle, natomiast drugi, mający zastosowanie w niniejszej sprawie, wypracowany został w orzecznictwie Izby. Otóż nie ma przeszkód do ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy oświadczeń i dokumentów, jeżeli tylko owo kolejne wezwanie dotyczyć będzie innych okoliczności, które nie były uprzednio wskazywane przez Zamawiającego, a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Na poparcie takiego stanowiska przytoczyć można wyrok Izby z dnia 22 września 2011 r., sygn. akt KIO 1944/11 (LEX nr 969470), w którym stwierdzono m.in., że „[...]Zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p. winien szczegółowo określić, jakie są podstawy prawne i faktyczne wezwania wskazując jednocześnie, o jakie informacje ma zostać uzupełniona oferta. Jeżeli zamawiający wzywa wykonawcę do uzupełnienia dokumentów o określone informacje, to nic nie stoi na przeszkodzie powtórnego wezwania w zakresie innych informacji, nawet w zakresie tego samego dokumentu i tego samego warunku.[...]”.

Nie sposób przy tym zgodzić się z Zamawiającym, że „[...]postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się uostatecznieniem decyzji zawartych w zawiadomieniu o rozstrzygnięciu postępowania.[...]” (protokół z rozprawy, str. 5), co – jego zdaniem – także miałyby uzasadniać brak możliwości ponownego wzywania Odwołującego w trybie przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy PZP. Należy bowiem zauważyć, że – po pierwsze – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego kończy się zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, co najdobitniej zostało wyrażone przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały z dnia 17 grudnia 2010 r., sygn. akt III CZP 103/10 (LEX nr 646705), w którym czytamy m.in.: „[...]Przepis (art. 2 ust. 7a Ustawy PZP – przyp. Izby) nie określa chwili zakończenia tego postępowania, ale treść ustawy nie pozostawia wątpliwości, że postępowanie to kończy się z chwilą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.[...]”. Po drugie – nawet gdyby przyjąć pogląd Zamawiającego o zakończeniu postępowania z chwilą „uostatecznienia się” jego decyzji dotyczącej Odwołującego, to należy zauważyć, że skutek taki nie został przezeń osiągnięty w stosunku do samego Odwołującego, który wzruszył decyzję Zamawiającego wniesionym odwołaniem.

Odnosnie stwierdzenia Zamawiającego, że Odwołujący poinformował we wniesionym odwołaniu o nowej, innej usłudze, nie wykazanej wcześniej na etapie składania i oceny ofert

(usługa w zakresie konserwacji instalacji oświetleniowych i sygnalizatorów świadczona przez Odwołującego na podstawie umowy z Zarządem Dróg Wojewódzkich – Rejonem Dróg Wojewódzkich w Wąbrzeźnie z dnia 27 grudnia 2012 r.), Izba – po przeanalizowaniu dokumentów przedłożonych przez Odwołującego na rozprawie (ww. umowa oraz umowa z dnia 27 grudnia 2012 r. wraz z poświadczeniem) – doszła do wniosku, że w istocie chodzi o kontynuację tej samej usługi. Przemawia za tym identyczne brzmienie zapisów obu umów w części dotyczącej ich przedmiotu (§ 1), czy zakresu świadczenia usług (§ 8), a także okoliczność, że drugi z kontraktów (umowa nr ZDW.RDW4.12d.361-16/2012) zawarty został w okresie obowiązywania umowy nr ZDW.RDW4.12d.361-1/2012 z dnia 2 lutego 2012 r.

Izba dostrzega w tym miejscu, że przedłożenie kolejnej umowy zawartej w dniu 27 grudnia 2012 r. z Zarządem Dróg Wojewódzkich w Bydgoszczy – Rejonem Dróg Wojewódzkich w Wąbrzeźnie dotyczy – co prawda – kontynuacji usługi, której świadczenie rozpoczęto jeszcze w 2012 r., ale jest nowym zamówieniem, realizowanym na podstawie innego kontraktu, tym niemniej stwierdza, że w okolicznościach sprawy, zwłaszcza wobec braku wskazania w pierwszym wezwaniu Zamawiającego wszystkich okoliczności, o których wiedza była mu niezbędna do prawidłowej oceny sytuacji wykonawców w Postępowaniu, takie działanie uznać należy za dopuszczalne. Natomiast stosowanie niejako *a limine* instytucji wykluczenia z udziału w Postępowaniu, z uwagi na jej sankcyjny charakter i dotkliwe dla wykonawcy skutki, nie powinno mieć miejsca. Należy mieć również na względzie, że celu przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy PZP trzeba upatrywać także w umożliwieniu szerokiemu kręgowi wykonawców skutecznego ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego.

Co zaś dotyczy twierdzenia, że „ww. umowa potwierdza, że „[...]odwołujący nie świadczył usługi przez okres 12 miesięcy, tak jak to opisano w warunkach udziału w postępowaniu.[...]” (protokół z rozprawy, str. 5) jest nietrafne chociażby z tego względu, że do akt – jak wspomniano – złożone zostało poświadczenie stwierdzające należyte wykonanie usług, które były jej przedmiotem.

Na zakończenie, odnosząc się skrótowo do wyartykułowanego w uzasadnieniu odwołania i podtrzymanego przez Odwołującego na rozprawie zarzutu naruszenia przepisu art. 92 ust.1 pkt 3 i art. 24 ust. 3 Ustawy PZP, wyrażającego się brakiem wskazania podstaw prawnych decyzji o wykluczeniu go z udziału w Postępowaniu oraz uzasadnienia prawnego takiego rozstrzygnięcia Izba wskazuje, że jakkolwiek „Unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 17.02.2014 r.” rzeczywiście nie zawiera – wbrew jasnemu brzmieniu przytoczonych regulacji – wskazania podstawy prawnej decyzji Zamawiającego

oraz jej wyjaśnienia, czyli uzasadnienia prawnego, tym niemniej zarzut ów nie mógł zostać uwzględniony. Należy bowiem zauważyć, że samodzielne konstruowanie takiego zarzutu nie może odnieść skutku, jako pozostające poza zakresem regulacji przepisu art. 180 ust. 2 Ustawy PZP. Poza tym naruszenie owo nie miało istotnego wpływu na wynik Postępowania, a tylko takie – zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 Ustawy PZP – może zostać przez Izbę uwzględnione.

Biorąc powyższe za podstawę Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia Postępowania oraz czynności wykluczenia Odwołującego z udziału w nim, o czym orzekła w pkt 1.1 i 1.2 sentencji orzeczenia. Co zaś dotyczy dalszego sposobu procedowania Zamawiającego Izba uznała, mając na względzie zarówno wnioski zawarte w treści odwołania, a przede wszystkim ustawowy katalog przysługujących Zamawiającemu środków usuwania braków, błędów, czy nieścisłości w dokumentach składanych przez wykonawców wraz z ofertą, że najwłaściwszym trybem będzie wezwanie Odwołującego – zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 Ustawy PZP – do złożenia wymaganych przez Zamawiającego oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia w części VI i VII postępowania, a następnie – w oparciu o rezultaty tej czynności – dokonanie ponownego badania i oceny ofert w części VI i VII Postępowania z uwzględnieniem oferty Odwołującego, co Izba nakazała Zamawiającemu w pkt 1.3 i 1.4 sentencji orzeczenia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U.2010.41.238).

**Przewodniczący:** .....