

Sygn. akt: 513/20

**WYROK**

**z dnia 5 czerwca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Andrzej Niwicki**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 czerwca 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 marca 2020r. przez wykonawcę **Lingua Lab S.C. W. S., M. D. z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **Ministerstwo Sprawiedliwości z siedzibą w Warszawie**

przy udziale wykonawcy **IURIDICO Legal & Financial Translations sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Lingua Lab S.C. W. S., M. D. z siedzibą w Krakowie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

**Przewodniczący:** .....

Sygn. akt: 513/20

## Uzasadnienie

Zamawiający: Ministerstwo Sprawiedliwości prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Tłumaczenia pisemne zwykłe”, znak BF-II.3710.35.2019, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2019/S 239-586818. Strona internetowa, na której umieszczono Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia: <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/zamowienia-publiczne0>

Odwołujący: Lingua Lab S.c. W. S., M. D., ul. Piastowska 8a/33 30-211 Kraków wniósł dnia 11 marca 2020 r. odwołanie od czynności wykluczenia go z postępowania podjętej przez zamawiającego dnia 2 marca 2020 r.

Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie składanego na wezwanie Wykazu osób część 2, (Formularz 2.5), czego konsekwencją było błędne przyjęcie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.1. Instrukcji Dla Wykonawców (dalej jako „IDW”) a następnie wadliwe wykluczenie go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Gdyby Zamawiający prawidłowo zbadał czy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących Wykazu osób część 2, uznałby, że Odwołujący spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 7.2.1. IDW.

Odwołujący w ramach wyjaśnień wykazałby Zamawiającemu, że dysponuje osobami, które legitymują się doświadczeniem niezbędnym do spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu oraz wykazałby, że okoliczność ta w istocie wynika już z oświadczenia Odwołującego zawartego w złożonym już w postępowaniu Wykazie osób część 2.

W efekcie to Odwołujący uzyskałby zamówienie, jako że jego oferta jest w przedmiotowym postępowaniu ofertą najkorzystniejszą we wszystkich kryteriach oceny ofert, Odwołujący nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Działanie Zamawiającego stoi również w sprzeczności z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp zasadą proporcjonalności, jako że zastosowany wobec Odwołującego środek (tj. wykluczenie z postępowania) jest całkowicie nieadekwatny w całości okoliczności postępowania. Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania nie uwzględnił w ogóle, że pozorny brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Odwołującego w Wykazie osób część 2 (brak wskazania liczby stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej i prawnej jako doświadczenia zawodowego dla weryfikatorów - native speakerów w zakresie języków: angielskiego, francuskiego, niemieckiego i rosyjskiego) wynika z faktu, że wzór Wykazu osób część 2 zawierał nieścisłości i wprowadził Odwołującego w błąd co do sposobu jego wypełnienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

I. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp - przez wykluczenie Odwołującego z postępowania z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu z pkt 7.2.1. IDW - w sytuacji, gdy Odwołujący spełnia przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu, oświadczenie Odwołującego w tym zakresie wynika ze złożonego na wezwanie w postępowaniu Wykazu osób część 2, (Formularz 2.5), a pozorny brak potwierdzenia czterech elementów (przy ogólnej liczbie 43 pozycji w wykazie) - mógł zostać wyjaśniony w trybie art. 26 ust. 4 Pzp - czego Zamawiający zaniechał,

II. innych przepisów wskazanych w uzasadnieniu :

- art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez naruszenie zasady proporcjonalności, która powinna mieć zastosowanie do wszystkich czynności Zamawiającego,

- art. 14 w zw. z art. 65 i 65<sup>1</sup> KC poprzez brak przeprowadzenia wykładni oświadczenia wykonawcy zgodnie bez uwzględnienia okoliczności, w jakich zostało złożone.

Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu,
3. wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego przez Odwołującego Wykazu osób część 2,
4. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w wyniku ponownego badania i oceny ofert,

Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

1. „Zamawiający” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia o wartości przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

2. Przewidziano zastosowanie art. 24aa Pzp, w pkt. 9.5 IDW wskazano, że przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została oceniona najwyżej, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

3. W pkt. 7.2.1 IDW Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawców w zakresie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, posiadających doświadczenie odpowiednie do funkcji, jakie zostaną im powierzone.

4. Na potwierdzenie spełniania warunków udziału i na potrzeby przyznania punktów w kryteriach oceny ofert Zamawiający wymagał złożenia:

a) Wykazu osób część 1 - składanego w trybie art. 26 ust. 2f Pzp wraz z ofertą, obejmującego część dotyczącą doświadczenia personelu, ocenianą w kryteriach oceny ofert;

b) Wykazu osób część 2 - składanego na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności

technicznej i zawodowej wykonawców - tj. doświadczenia osób uczestniczących w zamówieniu, m.in. weryfikatorów - native speakerów.

W zakresie doświadczenia weryfikatorów - native speakerów Zamawiający wymagał wskazania w Wykazie osób część 2 - liczby stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej i prawnej jako doświadczenia zawodowego dla weryfikatorów - native speakerów w zakresie języków: angielskiego, francuskiego, niemieckiego i rosyjskiego):

#### 39 Doświadczenie zawodowe

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku angielskim co najmniej 20 stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

weryfikator – native speaker w zakresie języka angielskiego

Posługuje się językiem angielskim jako językiem ojczystym. W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku angielskim co najmniej... stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

40 Doświadczenie zawodowe W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku francuskim co najmniej 20 stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

weryfikator – native speaker w zakresie języka francuskiego

Posługuje się językiem francuskim jako językiem ojczystym. W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku francuskim co najmniej.... stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

#### 41 Doświadczenie zawodowe

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku hiszpańskim co najmniej 20 stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

weryfikator - native speaker w zakresie języka hiszpańskiego

Posługuje się językiem hiszpańskim jako językiem ojczystym. W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku hiszpańskim co najmniej 20 stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

#### 42 Doświadczenie zawodowe

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku niemieckim co najmniej 20 stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

weryfikator – native speaker Posługuje się językiem niemieckim jako językiem ojczystym. W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w

języku niemieckim co najmniej .... stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

#### 43 Doświadczenie zawodowe

W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku rosyjskim co najmniej 20 stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

weryfikator - native speaker w zakresie języka rosyjskiego

Posługuje się językiem rosyjskim jako językiem ojczystym. W okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert weryfikował tłumaczenia w języku rosyjskim co najmniej .... stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej.

Zamawiający sformułował Wykaz osób część 2 w specyficzny sposób.

W niektórych pozycjach przepisał treść warunku udziału w postępowaniu, w tym wskazał samodzielnie liczbę stron obliczeniowych dokumentu - np. „co najmniej 20 stron” - wiersz 41 tabeli. W takiej sytuacji wykonawcy nie mogli wpisać samodzielnie w Wykazie osób część 2 liczby stron. Dotyczy to pozycji nr 25 - dotyczącej tłumacza języka ukraińskiego oraz pozycji nr 41 - która dotyczyła weryfikatora - native speakera w zakresie języka hiszpańskiego.

W przypadku pozostałych pozycji przepisał treść warunku udziału, lecz pozostawił do uzupełnienia przez wykonawcę lukę w zakresie liczby stron.

Warunkiem udziału w postępowaniu w zakresie liczby weryfikowanych tłumaczeń przez każdego z weryfikatorów - native speakerów była liczba 20 stron obliczeniowych tekstu.

5. W dniu 14.01.2020 r. Zamawiający dokonał w przedmiotowym postępowaniu otwarcia ofert.

6. Oferta Odwołującego została oceniona najwyżej spośród wszystkich ofert.

7. W rezultacie w dniu 7.02.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia m.in. następujących dokumentów:

- Wykazu osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami odpowiednio na temat ich doświadczenia niezbędnego do wykonywania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informację o podstawie do dysponowania tymi osobami (część 2 - składana na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) Powyższy Wykaz osób składany był w celu potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu.

8. W odpowiedzi na wezwanie, wykonawca umieścił na platformie - za pośrednictwem której w postępowaniu przebiegała komunikacja między Zamawiającym a wykonawcami - wymagane w wezwaniu dokumenty, a jednocześnie nie użył przycisku „wyślij” w wyniku czego

dokumenty zostały zapisane na platformie postępowania, jednak Zamawiający nie otrzymał automatycznego powiadomienia z platformy postępowania, że oczekują na niego dokumenty.

9. Dnia 19.02.2020 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów jak w wezwaniu z dn. 7.02.2020 r. - tym razem w trybie art. 26 ust. 3. Pzp

10. Tym razem Wykonawca złożył na platformie te same dokumenty co poprzednio, oraz zastosował przycisk „wyślij” (wysłał do Zamawiającego).

11. Dnia 02.03.2020 r. Zamawiający poinformował wykonawcę o wykluczeniu go z postępowania. Decyzję tą uzasadnił w następujący sposób:

Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. /.../

Wykonawca [...] złożył wykaz osób, który nie zawiera wskazania ilości stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej i prawnej jako doświadczenie zawodowe weryfikatorów native speakerów w zakresie języków: angielskiego, francuskiego, niemieckiego, rosyjskiego. /.../

W związku z powyższym zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Zamawiający wykluczył Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

12. W tym stanie faktycznym czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była niezasadna, ewentualnie - przedwczesna z uwagi na niezastosowanie przez Zamawiającego w stosunku do Odwołującego procedury z art. 26 ust. 4 Pzp - tj. zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego w postępowaniu Wykazu osób część 2.

Przechodząc do uzasadnienia zarzutów odwołania odwołujący wskazał, że spełnia zawiązka warunki udziału w postępowaniu - w tym dotyczące doświadczenia zawodowego osób wskazanych do realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze weryfikatorów - native speakerów, tj. osób wskazanych w pozycjach od 39 do 43 Wykazu osób część 2.

Okoliczności sprawy wskazują, iż w wyniku wyjaśnień Wykazu - nie doszłoby do uzupełnienia, ale do potwierdzenia dysponowania osobami posiadającymi wymagane doświadczenie.

Wykluczenie Odwołującego z postępowania - przy braku wezwania do wyjaśnień - miało ze strony Zamawiającego charakter skrajnego formalizmu.

Zamawiający powinien był domyśleć się, że błąd polegający na braku wpisania w wykropkowane miejsca liczby stron nie jest jednoznaczny z brakiem wykazania przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a stanowi niedopatrzenie - które mogło być spowodowane wieloma czynnikami - w tym również sposobem potwierdzania treści warunku w wykazie.

3. Zastosowanie tak rygorystycznego środka jak wykluczenie z postępowania - przy tych okolicznościach było zbyt daleko idące. Jak wskazał Sąd Okręgowy w Gliwicach w Wyroku z dn. 23.02.2007 r., sygn. akt X Ga 23/07/za: Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację tych zasad. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę, cel ustawy wyznaczony

miedzy innymi treścią cytowanego przepisu. Z mocy przepisu art. 14 ustawy dla oceny postępowania zamawiającego i wykonawców znajduje zastosowanie także norma art. 5 k.c. Zasada proporcjonalności jest jedną z naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na której obowiązek stosowania wskazują zarówno art. 18 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, jak i art. 7 ust. 1 Pzp. Stosowanie zasady odnosi się również do okoliczności związanych z wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Zamawiający powinien ważyć, czy poboczne okoliczności a szczególnie takie jak niedopatrzenia, nieznaczne i nieistotne błędy - które można wyjaśnić, uzasadniają podjęcie decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania.

Odwołujący został potraktowany zbyt rygorystycznie, a nadmierny formalizm Zamawiającego, którego skutkiem było wykluczenie Odwołującego z postępowania - w sprzeczności z zasadą proporcjonalności i są nieadekwatne, mając na względzie wagę niedopatrzenia Odwołującego - które miało również podstawę w działaniach Zamawiającego.

4. Wykluczenie Odwołującego z postępowania jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności, na co wskazują następujące okoliczności sprawy:

Odwołujący już w efekcie wezwania do złożenia dokumentów z dnia 7.02.2020 r., zamieścił wymagane dokumenty na Platformie, za pośrednictwem której odbywa się komunikacja między Zamawiającym a Wykonawcami. Jednakże wskutek niewciśnięcia przycisku „Wyślij” - Zamawiający nie otrzymał dokumentów.

W odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp Wykonawca złożył Wykaz osób, w którym w określonych pozycjach - dotyczących weryfikatorów - native speakerów - nie wpisał liczby stron obliczeniowych dokumentów - pomimo wykropkowanego miejsca we wzorze.

Przedstawił fragment wykazu złożonego wykazu (zasłonięte fragmenty wykazu objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa), gdzie nie wskazano liczby stron dot. jęz. angielskiego i francuskiego tj. w treści wzoru.

5. Za Odwołującym przemawia fakt, że w przypadku weryfikatorów, Zamawiający we wzorze Wykazu - przy jednym z weryfikatorów nie zostawił w ogóle miejsca na wpisanie ilości stron (wpisał wymaganą wartość z warunku), a w przypadku pozostałych czterech zostawił wykropkowane miejsca.

Inaczej Zamawiający skonstruował część Wykazu dotyczącą tłumaczy, a inaczej część dotyczącą weryfikatorów. W części dotyczącej tłumaczy - Zamawiający wskazał warunek udziału, natomiast w kolumnie piątej - nie powtórzył tego warunku, natomiast wpisał oświadczenie do uzupełnienia przez wykonawcę, na którego podstawie oceni spełnienie warunku.

Natomiast w części dotyczącej weryfikatorów - Zamawiający skonstruował wykaz w odmienny sposób. W kolumnie drugiej określił co prawda warunek udziału, jednak w kolumnie piątej

powtórzył go, usuwając przy tym liczbę 20 (stron) i pozostawił tak sformułowaną treść do uzupełnienia wykonawcom. Co istotne, w kolumnie piątej Zamawiający zachował wyrażenie „co najmniej”, którego użycie nie wskazuje na obowiązek wpisania w wy kropkowanym miejscu faktycznej ilości stron weryfikowanych tłumaczeń, a ciągle odnosi się do minimalnej ilości 20 stron z warunku udziału w postępowaniu:

Dodatkowo kolumna druga tabeli zawiera informację która jednoznacznie wskazuje, że Wykonawca uzupełniając dane osoby w tabeli w kolumnie czwartej - tym samym potwierdza, że osoba ta spełnia warunek udziału w postępowaniu.

6. Przedmiotowy dokument składany był w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które zostały oznaczone w sposób precyzyjny i wskazane w kolumnie drugiej wykazu. Opis doświadczenia z kolumny drugiej był integralną częścią wykazu. Odwołujący podpisując wykaz miał prawo sądzić, że tym samym potwierdza spełnienie przedmiotowych warunków dotyczących weryfikatorów - szczególnie w sytuacji, kiedy sposób w jaki został skonstruowany nie wskazuje na obowiązek podania konkretnej wartości - jak to miało miejsce w części wykazu dotyczącej weryfikatorów. Zatem oznacza to, że każdy native speaker podany z imienia i nazwiska w kolumnie 4 przetłumaczył co najmniej 20 stron i tym samym spełnia wymogi w zakresie doświadczenia.

Problem ten nie obejmuje części wykazu dotyczącej tłumaczy - z uwagi na jasne i precyzyjne skonstruowanie tej części a szczególnie treści kolumny piątej.

Wskazanie dokładnej liczby stron weryfikowanych tłumaczeń w treści kolumny piątej, nie służyło żadnym dodatkowym celom - jedynie potwierdzeniu, że został spełniony minimalny wymóg weryfikacji 20 stron - w przeciwieństwie do Wykazu osób część 1 - składanego wraz z ofertą, na podstawie którego Zamawiający oceniał doświadczenie tłumaczy w jednym z kryteriów oceny ofert. Dlatego wystarczającym byłoby uznanie, że samo uzupełnienie danych weryfikatora powiązane z informacją z kolumny drugiej jest jednoznacznym z potwierdzeniem przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu - szczególnie w przedmiotowej sytuacji, gdy ustanowiony przez Zamawiającego wzór wykazu zawiera ww. niejasności.

7. Ponadto we fragmencie wykazu dotyczącym weryfikatora w zakresie języka hiszpańskiego, Zamawiający sam uzupełnił liczbę stron:

Okoliczność ta wskazuje na brak konsekwencji Zamawiającego przy formułowaniu treści wykazu, a także uzasadnia wątpliwości Wykonawcy i związany z nimi brak uzupełnienia liczby stron w pozostałych wy kropkowanych miejscach w kolumnie piątej w stosunku do weryfikatorów w zakresie języków angielskiego, francuskiego, niemieckiego i rosyjskiego.

8. Przywołane okoliczności - na które to wpływ miało działanie Zamawiającego, nie powinny stanowić podstawy wykluczenia Odwołującego z postępowania.

9. Wykluczenie Odwołującego - w takich okolicznościach sprawy jest sprzeczne z zasadą proporcjonalności, o której mowa w art. 7 ust. 1 Pzp.



10. Ponadto Zamawiający zmuszony zostanie do wyboru oferty droższej o około 200 000,00 zł, mimo że Odwołujący spełnia ustanowione w postępowaniu warunki udziału.

Odnośnie zaniechania wezwania Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w zakresie złożonego Wykazu osób część 2 - w trybie art. 26 ust. 4 PZP:

1. Zamawiający zaniechał wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, do czego - na mocy tego przepisu był zobowiązany. Należy wskazać, że treść złożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp - Wykazu osób część 2, nie tylko uzasadniała, ale obligowała Zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień.

Zamawiający był bowiem świadomy, tego że: sposób sformułowania treści kolumny piątej wykazu nie wskazywał na obowiązek podania konkretnej wartości stron (użycie sformułowania „co najmniej”, uzupełnienie przez samego Zamawiającego liczby stron w jednym z punktów), w części wykazu dotyczącej tłumaczy Odwołujący uzupełnił wyznaczone w tym celu miejsca, ponieważ ta część wykazu została przez Zamawiającego sformułowana w inny sposób - tj. wskazywała jednoznacznie na obowiązek wpisania wartości przetłumaczonych stron/

W związku z tym, Zamawiający powinien był skierować do wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie części złożonego Wykazu dotyczącej doświadczenia weryfikatorów.

2. W wyjaśnieniach Odwołujący potwierdziłby, że dysponuje osobami, które legitymują się doświadczeniem niezbędnym do spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu oraz wykazałby, że okoliczność ta w istocie wynika już z oświadczenia Odwołującego zawartego w złożonym w postępowaniu Wykazie osób część 2.

W wyniku takiego wezwania nie doszłoby do ewentualnego uzupełnienia wykazu - bowiem w niniejszej sprawie nie byłoby to konieczne - złożony przez Odwołującego wykaz w pełni potwierdzał okoliczność dysponowania osobami posiadającymi doświadczenie niezbędne do spełniania warunków udziału w postępowaniu.

3. W orzecznictwie Izby wskazuje się, że jakiegokolwiek wątpliwości w zakresie spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu implikują obowiązek Zamawiającego wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień.

4. Zamawiający powinien dokonać analizy przedstawionych przez wykonawcę dokumentów - biorąc pod uwagę całokształt okoliczności postępowania - a w szczególności nieścisłości i niejasności sformułowań wykazu, o których mowa w pkt 1-10 uzasadnienia zarzutów Odwołania.

Odnośnie nie uwzględnienia dyrektyw wykładni oświadczenia woli (i innych oświadczeń) - o której mowa w art. 65 i 65<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. Art. 65 § 1 KC : Oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz

ustalone zwyczaje. Zgodnie z art. 65<sup>1</sup> KC - Przepisy o oświadczeniach woli stosuje się odpowiednio do innych oświadczeń.

W niniejszym przypadku okoliczności wskazują wprost, że składający oświadczenie - wykaz osób - w przypadku wszystkich osób - potwierdzał spełnianie warunków w sposób wielokrotnie przekraczający minimalne wymagania Zamawiającego.

20 stron to bardzo minimalne wymagania Zamawiającego. W przypadku każdej z osób przy której nie wpisano konkretnej ilości stron - w praktyce przetłumaczyła ona zgodnie z wymaganiami Zamawiającego - od co najmniej 800 (osoba wskazana jako weryfikator - Native Speaker w zakresie języka niemieckiego) do co najmniej 3000 stron (osoba wskazana jako weryfikator - Native Speaker w zakresie języka rosyjskiego).

Założenie, że wykonawca akurat w tych przypadkach - nie wpisał stron w związku z jakimikolwiek problemami z ich ilością - byłoby nielogiczne.

Ponadto elementy nie musiały być wpisywane, a ponadto już po lewej stronie wykazu wykonawca składał oświadczenie odnośnie konkretnej osoby.

Okoliczności powyższe świadczyły o tym, że Wykonawca spełnia warunek udziału i jedynie kwestią omyłki jest nie wpisanie w wykropkowane pole ilości stron.

Pismami z dnia 3 czerwca 2020 r. Odwołujący i jego pełnomocnik przedstawili stanowisko uzupełniające w sprawie.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu bezzasadne wykluczenie z postępowania z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, tj. wykazania się dysponowaniem osobami posiadającymi wymagane doświadczenie - do realizacji przedmiotowego zamówienia) oraz zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy PZP dotyczących braków w oświadczeniu w zakresie Wykazu osób, składanego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do argumentu Odwołującego w postaci spełniania przez Odwołującego zawiązki wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym w szczególności dot. doświadczenia zawodowego osób wskazanych do realizacji przedmiotowego zamówienia w charakterze weryfikatorów — native speakerów, tj. osób wskazanych w poz. 39, 40, 42, 43 wykazu osób, część 2 podkreślił, że podstawą wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia było niewykazanie przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu — zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt. 12 ustawy Pzp. Ocena w tym zakresie została dokonana przez Zamawiającego na podstawie informacji przedstawionych przez Odwołującego w Wykazie osób, część 2. W przedmiotowym dokumencie, złożonym w dniu 20

lutego 2020 r. w poz. 39, 40, 42, 43 brak jest wymaganej informacji o liczbie stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej lub prawnej, w tym brak jest informacji potwierdzających spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 7.2.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia — zwanej dalej „SIWT”.

Zamawiający określił w pkt. 7.2.1. SIWZ warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej i zawodowej wykonawców w zakresie osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia.

W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca był zobowiązany, zgodnie z pkt. 9.7.2. SIWZ, do złożenia wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami odpowiednio na temat ich doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, (część 2) stanowiącego załącznik nr 2.5 do SI WZ.

W ww. wykazie Zamawiający kolejno określił:

1. kolumna nr 1 — liczba porządkowa - Poz.
2. kolumna nr 2 — opis warunku udziału w postępowaniu odnośnie do danej funkcji pełnionej przez osobę wskazaną do realizacji zamówienia - WYMAGANIA OKREŚLONE PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO,
3. kolumna nr 3 — opis funkcji danej osoby wskazanej do realizacji zamówienia - STANOWISKO
4. kolumna nr 4 — miejsce na wpisanie imienia i nazwiska osoby zaproponowanej przez wykonawcę do pełnienia danej funkcji podczas wykonywania przedmiotu zamówienia, określonej w kolumnie nr 3 - IMIĘ 1 NAZWISKO,
5. kolumna nr 5 — szczegółowy opis dot. spełnienia przez daną osobę, wskazaną w kolumnie nr 3, warunku udziału w postępowaniu, w zakresie określonym w kolumnie nr 2 - DOŚWIADCZENIE POTWIERDZAJĄCE SPEŁNIENIE WYMAGAŃ.

Powyższe informacje zawarte w nagłówku tabeli tj. wykazie osób część 2 zawierały opis wskazujący jednoznacznie, że ocena spełnienia przez daną osobę warunku udziału w postępowaniu będzie następowała w oparciu o informacje wskazane w kolumnie nr 5.

Konstrukcja formularza wymagała odpowiedniego wypełnienia przez Wykonawców poszczególnych danych w pozostawionych (niewypełnionych przez Zamawiającego) pustych (tj. wykropkowanych) miejscach. Odwołujący w złożonym w odpowiedzi na wezwanie na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy PZP wykazie osób część 2 nie wypełnił (pozostawił puste wykropkowane pola) kolumny nr 5 dla poz. nr 39, 40, 42 i 43, przez co nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Zamawiający w dniu 7 lutego 2020 r. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w tym wykazu osób

skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami odpowiednio na temat ich doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia publicznego, a także zakresu Wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami (część 2 składana w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 1 ustawy Pzp) z terminem wyznaczonym na 17 lutego 2020 r.

Odwołujący nie złożył w wyznaczonym terminie przedmiotowych dokumentów, a następnie poinformował Zamawiającego na platformie SmartPzp w zakładce wiadomości poprzez zamieszczenie wiadomości przekazanej w dniu 20 lutego 2020 r. o powodzie niezłożenia dokumentów w odpowiedzi na powyższe wezwanie, o treści:

„wszystkie wymagane dokumenty „na wezwanie” zostały zapisane na platformie w dniu 14 lutego o godz. 16:06. Niestety, nie został wybrany przycisk „wyślij dokument” i dlatego zapisane dokumenty posiadały status „roboczy”. W związku z ponownym wezwaniem do złożenia dokumentów zauważyliśmy ten błąd. W tym momencie dokumenty mają już prawidłowy status „wysłane”. Uprzejmie prosimy o potwierdzenie, że otrzymali Państwo komplet wymaganych dokumentów. Z poważaniem, W. S.”

Co za tym idzie, nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że Zamawiający nie odczytał dokumentów ze względu na brak otrzymania automatycznego powiadomienia z systemu. Zamawiający nie posiadał możliwości odczytania odpowiedzi na wezwanie z dnia 7 lutego 2020 r., ponieważ dokumenty stanowiące odpowiedź na to wezwanie nie były ostatecznie zatwierdzone przez Odwołującego i nie zostały przesłane do Zamawiającego, znajdowały się po stronie Odwołującego w statusie „robocze”.

W konsekwencji zaistnienia powyższych okoliczności Zamawiający działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy PZP wezwał Odwołującego do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w celu potwierdzenia spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu z terminem do dnia 24 lutego 2020 roku.

Odwołujący w odpowiedzi na powyższe wezwanie złożył wykaz osób, który nie zawierał wskazania ilości stron obliczeniowych dokumentów z uwzględnieniem terminologii prawniczej i prawnej jako doświadczenie zawodowe dla weryfikatorów - native speakerów w zakresie języków: angielskiego, francuskiego, niemieckiego, rosyjskiego i tym samym nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym Zamawiający zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP zobowiązany był wykluczyć Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, co też uczynił informując o tym Odwołującego pismem z dnia 2 marca 2020 roku.

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z ugruntowaną i jednolitą linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jest czynnością jednokrotną. W związku z powyższym Zamawiający nie dysponuje możliwością kilkukrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia tego samego dokumentu.

Zamawiający podkreśla, że zgodnie ze „Nowym Słownikiem Języka Polskiego PWN” wydanie z 2002, Wydawnictwo Naukowe PWN: - „uzupełniać” oznacza:

1. „czynić zupełnym, kompletnym; dopełniać, kompletować, 2. „likwidować braki”, zaś „wyjaśnić” oznacza:

1. „uczynić coś jasnym zrozumiałym; objaśniać”,

2. „podać powody, usprawiedliwić, umotywić, uzasadnić”.

Bezspornym jest, że złożony przez Odwołującego Wykaz osób, część 2 nie zawierał informacji o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu przez osoby wskazane w poz. 39, 40, 42, 43 wykazu. Możliwość potwierdzenia spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu zaistniałaby dopiero po dodaniu do ww. wykazu nowej dodatkowej treści, a więc po jego uzupełnieniu. Podkreślić należy, że w przedmiotowym przypadku nie zaistniała sytuacja wątpliwości interpretacyjnych przedstawionej przez Odwołującego treści dokumentu, ponieważ dokument nie zawierał żadnej treści w kwestionowanym zakresie. W związku z powyższym wezwanie Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp w spornym zakresie stanowiłoby tak naprawdę nieuprawnione ponowne (drugie) wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, co prowadziłoby do obejścia przepisów ustawy Pzp i naruszałoby wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zgodnie z wyrokiem KIO sygn. 2342/16 z dnia 29.12.2016 r.: "Precyzyjne i jasne formułowanie warunków przetargu, a następnie ich literalne i ścisłe egzekwowanie, jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Szczególnie wybór oferty winien być dokonywany stricte według zasad przewidzianych w SIWT'.

„Skrajny formalizm” zarzucany przez Odwołującego jest odzwierciedleniem procedury uregulowanej w przepisach ustawy Pzp, a dodatkowo jest w tym wypadku proporcjonalny do istotności informacji żądanych przez Zamawiającego dla wskazanych ról w zespole Odwołującego. Bowiem zasadniczo od wiedzy i doświadczenia wymaganego od tłumaczy i weryfikatorów zależy jakość i profesjonalizm wykonania przedmiotu zamówienia, jakim są tłumaczenia z języków obcych dokumentów o charakterze prawnym, m.in. wyroków sądowych. Tłumaczone dokumenty są bardzo istotne dla zadań wykonywanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, a ich wysoka jakość jest bezwzględnie wymagana przy realizacji zadań wymiaru sprawiedliwości. To właśnie w celu zapewnienia wysokiej jakości i rzetelności

sporządzonych tłumaczeń Zamawiający tak określił warunki udziału w postępowaniu m.in. w zakresie doświadczenia tłumaczy oraz weryfikatorów tłumaczeń.

W stosunku do zarzutu Odwołującego dot. naruszenia zasady proporcjonalności, Zamawiający wskazuje, że wykluczenie Odwołującego wobec braku wykazania przez niego spełnienia warunków udziału w postępowaniu, decydujących o jakości i rzetelności realizacji przedmiotu zamówienia, jest w pełni zgodne z zasadą proporcjonalności, wymienioną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wskazać należy, że zarówno Odwołujący jak i żaden inny wykonawca na żadnym etapie postępowania nie kwestionował opisu warunków udziału w postępowaniu, co dodatkowo potwierdza, że były one proporcjonalne i adekwatne do omawianego przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z zasadą proporcjonalności nakaz przygotowania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o zamówienie, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w sposób należyty, lub dopuszczenia wszystkich istniejących na rynku rozwiązań, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego. Zamawiający, przygotowując i prowadząc postępowanie, może stawiać określone wymagania — powinny one jednak być adekwatne do celów tego postępowania (wyrok KIO z 18.05.2018 r., sygn. akt KIO 857/18).

Co więcej, brak wykluczenia Odwołującego z uwagi na okoliczności przedstawione w przedmiotowym odwołaniu dowodziłby nierównego traktowania, Wykonawców.

Dodatkowo należy zauważyć, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp jest jednoznaczny i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych.

„Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się:

12) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia” .

Wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, więc został wykluczony.

Również argumenty Odwołującego dotyczące rzekomego braku konsekwencji Zamawiającego przy formułowaniu treści wykazu osób w ocenie Zamawiającego są nietrafione. Odwołujący pomimo tak postawionego zarzutu potrafił wypełnić poprawnie 39 z 43 pozycji ww. wykazu. Pominięcie 4 pozycji (stanowiących 9% całości wykazu) świadczy w ocenie Zamawiającego jedynie o braku należytej staranności po stronie Odwołującego zarówno przy wypełnianiu tego dokumentu, jak i na kolejnych etapach postępowania. Zamawiający przypomina również, że to Odwołujący w następstwie wezwania do złożenia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp po ich zamieszczeniu na platformie SmartPZP nie wykazał się należyłą starannością, gdyż nie podjął żadnych działań w celu

zweryfikowania ich poprawności przed przesłaniem do Zamawiającego, co skutkowało najpierw koniecznością wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a następnie z uwagi na złożenie niewłaściwie wypełnionego wykazu osób część 2 koniecznością wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Zamawiający pragnie dodać, że zasady wypełnienia przedmiotowego wykazu nie zostały zmienione od momentu wszczęcia postępowania, nie budziły one wątpliwości Wykonawców w tym Odwołującego (brak wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ w tym zakresie) jak również nie przeszkodziły innym Wykonawcom w poprawnym jego wypełnieniu.

W toku rozprawy strony i uczestnik przedstawili stanowiska.

Odwołujący wskazał na przykład referencyjnych robót budowlanych, gdy z treści ich opisu wynika spełnianie warunków udziału, natomiast nie jest to wprost sformułowane i ewentualnie może nie zawierać jakiegось szczegółu. W sprawie niniejszej znana wielkość deklarowanych dokumentów i ilości potwierdzonych tłumaczeń i weryfikacji dokumentów referencyjnych powinny dać Zamawiającemu przeświadczenie o spełnieniu wymaganych warunków ze znacznym naddatkiem. Na podstawie tego Zamawiający powinien dokonać czynności wyjaśniających, zwłaszcza że miał uzasadnione podstawy uznać, że postawiony warunek jest w rzeczywistości spełniony.

Zauważył i podał pod rozagę kwestię, czy zasada jednokrotności wzywania z art. 26 ust. 3 ustawy pzp, która powstała w czasach pisemności postępowania, powinna być równie absolutnie stosowana przy komunikacji elektronicznej (na podstawie platform przetargowych). Powyższe wiąże z potrzebą wyjaśniania treści dokumentów. Na potrzebę analizy otrzymanego dokumentu wskazał także w złożonym piśmie stwierdzając, że racjonalnie działający zamawiający nie powinien stosować „zasady” jednokrotności wzywania do uzupełniania dokumentów – bez dokładnej analizy dokumentu, który został mu dostarczony. Tamże wskazał na zasadność prowadzenia postępowania w zgodzie z ustawą pzp, lecz nie w celu bezwzględnej eliminacji wykonawcy, ale w celu ustalenia, czy wykonawca spełnia warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że istotą sporu jest ustalenie, czy wykonawca wykazał spełnienie wymaganego warunku udziału w postępowaniu, a nie ocena, czy spełnia takie warunki, co Odwołujący deklaruje w swoim stanowisku przedstawionym w odwołaniu i na rozprawie. Przypomniał przebieg prowadzonej procedury badanie i oceny oferty, w tym czynności podjęte na podstawie art. 26 ust. 1, a następnie art. 26 ust. 3 PZP. Kwestionuje tezę, jakoby postawione wymagania w

kolumnie 2 tabeli stanowiły jednocześnie pozytywną deklarację wykonawcy podpisującego złożoną tabelę, bowiem oznaczało to jedynie przyjęcie do wiadomości wymogu Zamawiającego. Stwierdził, że brak wypełnienia ostatniej kolumny w czterech pozycjach oznacza, iż wykonawca nie przedstawił w tym zakresie wymaganych informacji.

Przypomniał, że wymóg podania określonej liczby stron był jednoznaczny, lecz żadna wielkość nie została podana przez wykonawcę w 4 pozycjach. Stwierdził, że postępowanie prowadził na sprawdzonej platformie. Zauważył, że na platformie podany jest status dokumentu, czy został wysłany, czy pobrany przez Zamawiającego. Stwierdził, że zarzut oparty na art. 26 ust. 3 jest spóźniony. Podkreślił równe traktowanie przez siebie wykonawców w postępowaniu.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego. Zauważył, że także Odwołujący potwierdził popełnienie przez siebie uchybień, ale w niewielkiej ilości. Złożył do akta print screen platformy z wyraźnym wskazaniem sposobu wysłania dokumentu. Podniósł przy tym brak staranności Odwołującego polegający na nieprzedstawieniu żądanych przez Zamawiającego dokumentów. Podkreślił wymóg profesjonalizmu wykonawców w tym postępowaniu wskazując przy tym na przedmiot postępowania niniejszego. Na poparcie wskazuje na orzeczenie KIO 291/20. Kwestionuje żądanie odwołania stwierdzając, że wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 4 nie mogą dotyczyć treści nieistniejących, a właśnie takich brak był podstawą decyzji Zamawiającego. Wskazał na precyzyjne wymogi SIWZ z jednoczesnym przygotowaniem przez Zamawiającego dokumentacji składającej się na formularze oferty, w tym przedmiotową tabelę, której treści stanowią przedmiot sporu. Zauważył, że istotą sporu jest brak złożenia dokumentów przez wykonawcę, na kolejne wezwanie. Wskazał na formalne wymogi postępowania i konsekwencję popełnianych błędów.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia określającej warunki udziału w postępowaniu, oferty i dokumentów złożonych zamawiającemu przez odwołującego, jak również stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie i ustnie do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W zakresie merytorycznym Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy pzp. Zarzut, w sytuacji potwierdzenia, wskazałby na możliwość uzyskania zamówienia i jego realizacji przez odwołującego, którego oferta została najwyższej oceniona, a tym samym na poniesienie wymiernej szkody w sytuacji udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu, niż On wykonawcy.



Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 26 ust. 4 ustawy pzp, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp oraz art. 14 ustawy pzp w zw. z art. 65 i 65<sup>1</sup> kodeksu cywilnego i wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenie odwołującego z Postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wezwania odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących złożonego przez odwołującego Wykazu osób część 2.

Ponadto z treści uzasadnienia odwołania oraz pisma procesowego wynika, jakkolwiek nie sformułowany wprost, lecz przez oczekiwanie zastosowania, zarzut zaniechania zastosowania przez zamawiającego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy pzp. Ten ostatni zarzut i wynikające z niego żądanie skład orzekający uznaje za spóźnione. Gdyby nawet hipotetycznie rozważyć stanowisko odwołującego w tym zakresie, stwierdzić należy, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy pzp w zakresie uzupełnienia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu został przez zamawiającego zastosowany w stosunku do wykonawcy, a kolejne wezwanie o uzupełnienie dokumentów, w okolicznościach sprawy rozpatrywanej, byłoby wezwaniem o dokładnie takie same dokumenty, co poprzednio, co kłóciłoby się z zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu. Z tej to zasady właśnie wywodzona jest wypracowana w doktrynie zasada jednokrotnego wzywania wykonawcy do złożenia dokumentów na tę samą okoliczność.

Analiza dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwala na stwierdzenie, że stan faktyczny sprawy jest niesporny. Wykonawca – odwołujący, którego oferta została najwyżej oceniona, został wezwany dnia 7 lutego 2020 r. stosownie do art. 26 ust. 1 ustawy pzp, zgodnie z zapisami siwz, do złożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu w terminie wyznaczonym na 17 lutego 2020 r. i uprzednio zapowiedzianym w specyfikacji. Przygotowane dokumenty nie zostały wysłane (doręczone) zamawiającemu z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zapewne wskutek jego niedopatrzenia, bowiem nie uruchomił on polecenia „wyślij dokument” na platformie elektronicznej, z użyciem której prowadzona była korespondencja stron. Po bezskutecznym upływie wyznaczonego przez zamawiającego terminu na złożenie dokumentów, wezwał on dnia 19 lutego 2020 r. wykonawcę do złożenia oświadczeń i dokumentów, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi wykonawca przesłał wykaz osób uprzednio przygotowany, lecz nie doręczony w terminie do 17 lutego 2020 r. Złożony wykaz nie zawierał dla czterech pozycji wskazania liczby stron obliczeniowych dokumentów mających potwierdzać doświadczenie zawodowe dla

weryfikatorów – native speakerów w zakresie czterech języków. Jak opisano w stanie faktycznym (w tym szczegółowo w odwołaniu) w czterech pozycjach tabeli (formularza) nie zostały wypełnione miejsca wykropkowane przeznaczone na wpisanie liczby stron.

Odwołujący stoi na stanowisku, że takie uchybienie jest jedynie kwestią omyłki (przedostatnie zdanie odwołania), a wszelkie okoliczności dotyczące wykonawcy wskazują na spełnianie przez niego wymaganych warunków udziału w postępowaniu, w szczególności ze znacznym naddatkiem. Powyższe, zdaniem odwołującego, powinno być potwierdzone w wyniku postępowania wyjaśniającego przeprowadzonego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pzp, czego dotychczas zamawiający nie dokonał.

Skład orzekający nie podziela stanowiska odwołującego co do możliwości przywrócenia go do postępowania.

Wymaga podkreślenia, że podstawą faktyczną wykluczenia wykonawcy z postępowania jest art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy pzp in principio, nakazujący wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie wystarczy zatem, by wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, choćby i „z naddatkiem” lub był ogólnie znany w branży; zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełniania przez niego wymaganych warunków udziału przez stosowne tego udokumentowanie w odpowiednim dla postępowania trybie i czasie.

Należy zauważyć, że postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego dopuszcza w określonych sytuacja procedury naprawcze w razie zaistnienia braków lub błędów popełnionych przez wykonawców.

Żądanie wyjaśnienia treści złożonego wykazu nie jest w ocenie Izby zasadne, gdyż odwołujący oczekuje, że będzie mógł nie tyle wyjaśnić treść dokumentu, ile dokument uzupełnić o brakujące, a dodatkowe treści. Bez wątpienia dodawanie treści jest czynnością zupełnie odmienną od wyjaśniania.

Stwierdzić należy przy tym, że znany układ treści tabeli zawierającej w kolejności oczekiwania i wymogi zamawiającego, a następnie rubrykę do uzupełnienia jako deklarację wykonawcy, nie pozwala na przyjęcie, że podpisanie treści całej tabeli oznacza, że wykonawca deklaruje tym samym spełnienie postawionego wymogu, skoro nie złożył takiego oświadczenia w miejscu do tego przeznaczonym.

Zważywszy na koniec, że wykonawca popełnił kolejno dwa istotne błędy w procedurze składania dokumentów, tj. na pierwsze wezwanie dokumentów nie wysłał, a na drugie, w trybie uzupełnienia, wysłał wadliwe, brak jest przesłanek prawnych do uznania możliwości kolejnego uzupełnienia lub powiązanego z tym wyjaśniania treści dokumentów mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie objętym sporem.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b), rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

.....