

Sygn. akt: KIO 1424/16

**Wyrok**  
**z dnia 19 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**  
**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2016 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 sierpnia 2016 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „WŁOMEX” Z.W., ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków** w postępowaniu prowadzonym przez **Akademię Górniczo- Hutniczą im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al. A. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „WŁOMEX” Z.W., ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków** : i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe „WŁOMEX” Z.W., ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków**: – tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od odwołującego **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Usługowo Handlowego „WŁOMEX” Z.W., ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków** na rzecz zamawiającego **Akademii Górniczo- Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie, Al. A. Mickiewicza 30, 30-059 Kraków** kwotę **270,00** (słownie: dwieście siedemdziesiąt złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztu dojazdu na rozprawę

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164, z późn. zm.) na wyrok – w terminie 7 dni od dnia

jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Krakowie**.

**Przewodniczący:** .....

**Uzasadnienie**

Akademia Górniczo-Hutnicza im. Stanisława Staszica w Krakowie Al. Adama Mickiewicza 30, 30-059 Kraków, zwana dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Wykonanie izolacji pionowej ścian piwnic wraz z remontem instalacji drenażu w pawilonie C-4. KC-zp.272-307/16”*

Ogłoszenie o przedmiotowym postępowaniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 01 lipca 2016 r., pod numerem: 115387-2016.

W dniu 26 lipca 2016 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, za którą została uznana oferta złożona przez wykonawcę Murkrak M. (lider: Murkrak sp. z o.o. sp.k.) B2 9, 32-086 Węgrzce, oraz o wykluczeniu z postępowania wykonawcy Z.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe Włomex, ul. Gromadzka 30, 30-719 Kraków, dalej zwany „Odwołujący”.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca Włomex, złożył w dniu 01 sierpnia 2016 roku odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu niezasadne wykluczenie go z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, czym zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył następujące przepisy ustawy Pzp:

1. art. 26 ust 2b - przez uznanie, że Odwołujący nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności, przez uznanie, że pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania Odwołującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, nie potwierdzą realności tego zobowiązania,
2. ewentualnie w razie nie uznania zarzutu naruszenia art. 26 ust 2b uznanie naruszenia art. 26 ust 4 - przez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 21 ust 1 pkt 2 - poprzez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, a polegającego na posiadaniu odpowiedniej wiedzy i doświadczenia,
4. art. 24 ust 2 pkt 4 - poprzez uznanie, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia,
5. art. 89 ust 1 pkt 5 - poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego, z powodu braku ziszczenia się przesłanek wykluczenia Odwołującego z postępowania, a co za tym idzie braku możliwości uznania jego oferty za odrzuconą,

6. art. 7 ust 3 - poprzez dokonanie wyboru wykonawcy w sposób niezgodny z przepisami Ustawy Pzp.

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: Murkrak M. (lider: Murkrak sp. z o.o. sp.k.) B2 9, 32-086 Węgrzce,
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert,
3. unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania,
4. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
5. wyboru jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu oferty Odwołującego,
6. ewentualnie, nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadniając podniesione zarzuty i żądania Odwołujący podał, że z zawartego w piśmie z dnia 26 lipca 2016 r. uzasadnienia wykluczenia wynika, iż Zamawiający dokonał tej czynności w oparciu o dyspozycję art. 24 ust 2 pkt 4 Ustawy Pzp, uznając, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu. Z uzasadnienia faktycznego wynika także, iż swoją decyzję Zamawiający oparł o założenie, iż zobowiązanie podmiotu trzeciego (PKKK A.R.] do udostępnienia Odwołującemu potencjału w postaci posiadanego przez ten podmiot wiedzy i doświadczenia nie zawiera wszystkich informacji, które takie zobowiązanie winno obejmować. W szczególności według stanowiska Zamawiającego wynikającego z informacji o wykluczeniu, w zobowiązaniu podmiotu trzeciego w sposób niewystarczający podano formę i zakres udziału podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał zobowiązaniem o takiej treści, że przy realizacji zamówienia nastąpi rzeczywiste udostępnienie wiedzy i doświadczenia posiadanych przez PKKK Arkam A.R..

Odwołujący odnosząc się do powyższego stanowiska Zamawiającego podkreślił iż zawarł z PKKK Arkam stosowną umowę cywilnoprawną, która w dokładny sposób reguluje zasady współpracy między przedsiębiorcami, w szczególności zasady udziału PKKK Arkam w realizacji przedmiotu zamówienia. Jednakże zaznaczył, że umowa ta nie została dołączona do zobowiązania, albowiem z samej treści złożonego zobowiązania Zamawiający winien był ustalić zakres udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia. Nadto dodał, że nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, iż udostępnienie zasobu w formie doradztwa technicznego stanowi niewystarczający udział podmiotu trzeciego w realizacji przedmiotu zamówienia. Wręcz przeciwnie zapewnienie na etapie realizacji przedmiotu zamówienia, nadzoru nad jego realizacją i konsultacji przedsiębiorcy posiadającego wymagane przez Zamawiającego doświadczenie, jest przejawem realnego wykorzystania

tego elementu potencjału podmiotu trzeciego w aspekcie absolutnie kluczowym, a więc w odniesieniu do technicznych uwarunkowań realizacji zamówienia. Wiedza i doświadczenie wymagane w realizacji zamówienia mają charakter techniczny, co wprost wynika z charakteru będących jego przedmiotem prac i opisu warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu także, że przed podjęciem decyzji o jego wykluczeniu i uznaniu jego oferty za odrzuconą nie skorzystał z instytucji wezwania do wyjaśnień, o której mowa w art. 26 ust 4 Ustawy Pzp. Przepisy art. 26 ust. 3 i 4 mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na Zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1; oraz do ich wyjaśnienia. Podkreślił, że Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania, nie mając absolutnej pewności co do wykazania lub niewykazania spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania i podał, że wykonawca Firma PPUH "WŁOMEX" do oferty nie załączyła dokumentów potwierdzających spełnienie warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia. Zamawiający w dniu 20.07.2016 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia braków w ofercie tj. wykazu wykonanych robót budowlanych *zawierającego co najmniej dwie realizacje, wykonane należycie w ciągu ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy) - w tym okresie, 2 (dwie) realizacje, każda na kwotę min, 200.000,00 złotych brutto ( dwieście tysięcy złotych), każda polegająca na przebudowie lub remoncie w zakres którego wchodziły roboty ogólnobudowlane, elektryczne I sanitarne (w tym w szczególności wykonanie Izolacji przeciwwilgociowych, drenażu), z podaniem daty I miejsca wykonania oraz z załączeniem dowodów dotyczących najważniejszych robót, określających, czy roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujących, czy zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.*

Wykonawca w dniu 22.07.2016r. uzupełnił braki w ofercie wykazując spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia poprzez potencjał podmiotu trzeciego tj. firmy: PKKK Arkam A.R. oraz załączył do oferty zobowiązanie ww. firmy podpisane przez właściciela firmy PKKK Arkam - A.R.. W dokumencie tym na temat sposobu wykorzystania zasobów podmiotu trzeciego oraz zakresu jego udziału wykonaniu zamówienia, firma Arkam A.R. wskazała doradztwo techniczne w czasie wykonania zamówienia.

Odnosząc się do powyższego Zamawiający stwierdził, że w oparciu o taką treść zobowiązania nie mógł uznać, iż przy realizacji niniejszego zamówienia nastąpi rzeczywiste udostępnienie wiedzy i doświadczenia posiadanych przez firmę Arkam A.R..

Stwierdził, że odwołanie się przez wykonawcę do zasobów podmiotu trzeciego musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że dane zasoby będą wykorzystywane przy wykonaniu zamówienia, a w tym przypadku firma PKKK Arkam A.R. zamierza uczestniczyć tylko jako doradca, co nie zapewnia realnego przekazania doświadczenia. Podkreślił iż przepis art. 26 ust.2b Pzp nie określa minimalnej treści takiego zobowiązania podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby, niemniej jednak formułuje on konieczność udowodnienia Zamawiającemu, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Musi to być zobowiązanie do realnego przekazania zasobów i wskazujące sposób zaangażowania podmiotu udostępniającego w wykonanie zamówienia, a wykonawca ma obowiązek wykazać zamawiającemu, że udostępnienie zasobów w tej formie rzeczywiście będzie możliwe. Tak ogólnikowa treść zobowiązania, w szczególności w przypadku zamówienia na roboty budowlane, nie daje Zamawiającemu żadnej wiedzy o tym, jak w praktyce będzie przebiegało korzystanie z wiedzy i doświadczenia podmiotu trzeciego, a co więcej - nie pozwala uznać, że będzie ono w ogóle możliwe. Zamawiający zwrócił uwagę, iż doradztwo czy konsultacje nie przenoszą doświadczenia a co najwyżej wiedzę i to jedynie w sytuacji, gdy wykonawca z owych porad skorzysta.

Odnosząc się do zarzutu braku wezwania Odwołującego do wyjaśnienia zakresu udostępnienia w formie doradztwa technicznego w oparciu o przepis art. 26 ust. 4 Pzp podał, że z uwagi na fakt, iż przedstawiony w wyniku uzupełnienia dokument podmiotu trzeciego jednoznacznie wskazywał, iż sposobem wykorzystania zasobów tego podmiotu oraz zakres jego udziału w postępowaniu będzie obejmował doradztwo techniczne i określenie to nie wskazywało na żadne rozbieżności, które byłyby podstawą do zastosowania wyjaśnień w ww. trybie.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba uznała iż zarzut niezasadnego wykluczenia odwołującego z postępowania nie potwierdził się i wobec tego odwołanie zostało oddalone.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniona została przez Odwołującego materialno-

prawna przesłanka posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia, określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na wstępie odniesienia Izby wymaga kwestia iż przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu tj. Konsorcjum: Murkrak Sp. z o.o., sp. k., Zakład Remontowo-Budowlany Z.M., ul. B2 nr 9, 32-086 Węgrzce. Wykonawca ten pomimo prawidłowości poinformowania o terminie posiedzenia przed KIO nie stawiał się. Po analizie spełniania warunków formalnych przystąpienia o których mowa a przepisie art. 185 ust.2 Pzp Izba stwierdziła iż wykonawca ten o wniesieniu odwołania został poinformowany przez Zamawiającego w dniu 01 sierpnia 2016 roku. W dniu 03 sierpnia do Prezesa KIO wpłynęło w formie faksowej zgłoszenie przystąpienia. Przystąpienie w formie pisemnej wpłynęło dopiero w dniu 5 sierpnia, a więc z uchybieniem ustawowego terminu wskazanego w ww. przepisie. Wobec tego Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia wykonawcy Konsorcjum Murkrak do przedmiotowego postępowania odwoławczego.

Osią sporu w przedmiotowej sprawie była kwestia czy Odwołujący w sposób prawidłowy i wystarczający wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia i tym samym czy dokonane wykluczenie go z postępowania było niezasadne.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów wskazać należy iż wykonawcy mogą wykazać się spełnianiem warunków udziału w postępowaniu bądź to w oparciu o potencjał własny, bądź w oparciu o potencjał udostępniony wykonawcy w trybie art. 26 ust.2b Pzp przez podmiot trzeci. Dlatego też ocena czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu w oparciu o zasoby podmiotu trzeciego nie może być mniej rygorystyczna niż ocena spełniania warunku udziału w oparciu o potencjał własny wykonawcy. Poza sporem w przedmiotowym postępowaniu jest fakt iż Odwołujący w złożonej ofercie nie wskazał wykonania robót budowlanych w oparciu o które miałby wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. Dopiero w wyniku wezwania Zamawiającego wystosowanego w trybie art. 26 ust.3 Pzp Odwołujący przedłożył wykaz robót i potwierdzenie należytego ich wykonania pochodzący od podmiotu trzeciego firmy PKKK Arkam - A.R.. Z przedłożonego zobowiązania tego podmiotu do udostępnienia Odwołującemu potencjału na spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wynikało iż udostępnienie to przyjmie formę doradztwa technicznego. Niespornym jest także fakt iż z przedłożonego zobowiązania nie wynikało żadne dookreślenie na czym udział podmiotu udostępniającego w formie doradztwa technicznego będzie polegał, a tym samym w jaki sposób nastąpi przekazanie wiedzy i

doświadczenia. Wykonawca nie opisał na czym faktycznie owo doradztwo techniczne miałyby polegać i jak byłoby wykonywane w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Niewątpliwym w sprawie jest także fakt iż Odwołujący po otrzymaniu informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty i informacji o wykluczeniu go z postępowania przesłał Zamawiającemu wraz z pismem z dnia 28.07.2016 r. umowę datowaną na 04 lipca 2016 roku określającą zasady współpracy przy realizacji zamówienia Odwołującego i podmiotu udostępniającego potencjał.

Odnosząc się do powyższego Izba za wyrokiem KIO1557/14 z 11 sierpnia 2014 roku wskazuje iż z przedłożonych przez wykonawcę dokumentów musi wynikać, jakie zasoby i na jakich zasadach będą przez podmiot trzeci udostępnione. Nie jest wystarczające wyłącznie złożenie zobowiązania podmiotu o przekazaniu wiedzy i doświadczenia, jeżeli z tego zobowiązania, ani z innych dokumentów nie wynika w sposób jednoznaczny iż wskazana forma udziału zapewnia w niezbędnym zakresie przekazanie wiedzy i doświadczenia wykonawcy zamówienia. Niezbędny zakres to zakres gwarantujący pozyskanie wiedzy i doświadczenia umożliwiający należyłą realizację zamówienia, (por. Uchwała KIO-KU 65/14).

Podkreślić należy iż zwrot „doradztwo techniczne” jest zwrotem niedookreślonym, a tym samym posłużenie się nim nie daje żadnych informacji na czym udział podmiotu trzeciego w realizacji w tej formie zamówienia, będzie polegał.

Forma udziału podmiotu trzeciego w realizacji zamówienia winna być możliwa do weryfikacji przez Zamawiającego po to, by gwarantować Zamawiającemu odpowiedni poziom kompetencji wykonawcy umożliwiających mu wykonanie przedmiotu zamówienia. Przepis art. 26 ust.2b ustawy Pzp, nakłada na wykonawcę obowiązek udowodnienia, że będzie dysponował udostępnionymi zasobami w zakresie niezbędnym na potrzeby wykonania zamówienia, co należy rozumieć jako konieczność udowodnienia poprzez treść zawartą w zobowiązaniu lub innym dokumencie, że zasoby te tak udostępnione są wystarczające dla osiągnięcia celu, jakim jest prawidłowe wykonanie zamówienia.

Institucja z art. 26 ust. 2b ustawy nie służy bowiem „papierowemu” wykazywaniu spełnienia warunków udziału przy pomocy podmiotów trzecich jedynie w celu uzyskania zamówienia, lecz jest silnie związana z realnym dysponowaniem zasobami podmiotów trzecich na etapie realizacji zamówienia. Tym samym, wszelkie nierozwiane wątpliwości skutkują uznaniem, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wobec tego złożenie ogólnego oświadczenia, bez wykazania w jaki sposób udostępnienie wiedzy i doświadczenia nastąpi, jest niewystarczające do stwierdzenia, że wykonawca wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu ( por wyroki KIO o sygn. KIO 2819/13; KIO 2292/13; KIO 2745/13; KIO 792/14). Dodać równocześnie należy, że dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego musi wynikać z przedstawionych dowodów w



sposób jednoznaczny i nie może być przedmiotem dedukcji czy domysłów zamawiającego. Brak precyzyjnego wskazania formy udziału i zakresu udostępnienia zasobów należy uznać za udostępnienie pozorne skutkujące niewykazaniem przez wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do przedłożonej Zamawiającemu umowy z dnia 4 lipca 2016 roku już po wyborze najkorzystniejszej oferty należy uznać za czynność spóźnioną i nie tym samym nie rodzącą skutków prawnych w zakresie możliwości oceny czy taka forma udostępnienia zasobów jest wystarczająca.

Z kwestią tą wiąże się kolejny zarzut odwołania dotyczący niewezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w oparciu o przepis art. 26 ust.4 Pzp. W tym zakresie Izba stwierdza iż niewątpliwym jest iż Odwołujący był wzywany do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W sytuacji kiedy wykonawca zostaje wezwany do uzupełnienia dokumentów oferty, to powinien uzupełnienie wykonać w sposób pełny. Brak w ofercie i w uzupełnieniu oferty wszystkich danych w oparciu o które Zamawiający może stwierdzić spełnienie warunku udziału nie może być uzupełniony po upływie terminu wskazanego w wezwaniu. Uzupełnienie to nie może przybrać także formy wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust.4 Pzp. Wszelkie ewentualne dodatkowe informacje przekazane Zamawiającemu nie mogą mieć charakteru dokumentu uzupełniającego wykaz – co w tym przypadku byłoby niezbędne, gdyż następowałoby to z naruszeniem zasady jednokrotności wezwania. Podkreślić należy iż Wykonawca który skorzystał z możliwości naprawienia błędów w złożonej ofercie, będąc wezwanym do uzupełnienia dokumentu i niewłaściwie te dokumenty uzupełnił, nie może skorzystać z ponownej możliwości uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Nadto instytucja wyjaśniania służy wskazaniu Zamawiającemu sposobu rozumienia danej treści oferty przez wykonawcę, a nie uzupełnianiu tej treści. Winna być stosowana gdy istnieją wątpliwości co do przedłożonych oświadczeń i dokumentów, a nie w przypadku gdy takich wątpliwości nie ma a jedynie z dokumentów nie wynika aby wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza iż Odwołujący nie wykazał w niezbędnym zakresie na czym będzie polegał udział udostępniającego zasoby w realizacji zamówienia, a to z kolei uniemożliwiło zamawiającego dokonanie jednoznacznego stwierdzenia iż Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykazanie spełniania warunków udziału winno być jednoznaczne i jak wyżej wskazano nie może być przedmiotem domysłów ze strony Zamawiającego. Tym samym Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania i swoim działaniem nie dopuścił się naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu. Jednakże w tym zakresie podnieść należy iż Zamawiający niezasadnie(chociaż

nie ma to wpływu na wynik postępowania), jako podstawę odrzucenia oferty Odwołującego wskazał przepis art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp, gdyż właściwym w tym zakresie jest przepis art. 24 ust.4 Pzp. Ustawodawca rozróżnia ofertę odrzuconą i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty za odrzuconą. Natomiast odrzucenie oferty w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 5 Pzp odnosi się do tzw. postępowań wieloetapowych. W postępowaniach wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i odrębną ocenę ofert, wykluczenie wykonawcy z postępowania w oparciu o ww. przepis następuje, gdyby pomimo wykluczenia wykonawcy na etapie oceny wniosków, wykonawca taki złożył ofertę. Przepisu tego nie stosuje się wobec tego do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego, gdzie wykluczenie wykonawcy z postępowania skutkuje odrzuceniem jego oferty.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust.2 Pzp Izba może uwzględnić odwołanie tylko wtedy, kiedy stwierdzone naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy może mieć wpływ na wynik postępowania, co nie miało miejsca w przedmiotowym postępowaniu. Wpływ na wynik w świetle powyższego przepisu należy rozumieć, jako możliwość zmiany sytuacji w postępowaniu w sposób, który pozwoliłby Odwołującemu uzyskać zamówienie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

**Przewodniczący:** .....