

Sygn. akt KIO/1726/10

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 sierpnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SAVA GmbH& Co.KG, Ostertweute 1, 25-541 Brunsbittel, Niemcy** od czynności Zamawiającego **Województwo Zachodniopomorskie-Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin.**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie, nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem okoliczności i wynikających z nich konsekwencji wskazanych w uzasadnieniu;**
- 2. kosztami postępowania obciąża Województwo Zachodniopomorskie-Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SAVA GmbH& Co.KG, Ostertweute 1, 25-541 Brunsbittel, Niemcy**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego.

- 2) zasądza od **Województwa Zachodniopomorskiego-Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego, ul. Korsarzy 34, 70-540 Szczecin** na rzecz **SAVA GmbH& Co.KG, Ostertweute 1, 25-541 Brunsbuttel, Niemcy**, koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości **18 000 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy złotych zero groszy).

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE
do wyroku 1726/10

W dniu 12 sierpnia 2010 roku (pismem z dnia 11 sierpnia 2010 roku) Odwołujący SAVA GmbH & Co.KG z siedzibą w Niemczech wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego, którym jest Województwo Zachodniopomorskie Urząd Marszałkowski Województwa Zachodniopomorskiego w Szczecinie.

Odwołanie wniesiono na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759), zwanej dalej „ustawą PZP”, od czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się w formie konsorcjum o udzielenie zamówienia: Lider - CALEX Sp. z o.o., ul. Przyszłości 27B/14, 70-893 Szczecin, członek konsorcjum - REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o., ul. Kuźnicka 1, 72-010 Police, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na *wykonanie usługi likwidacji 14 mogilników - składowisk przeterminowanych środków ochrony roślin oraz opakowań po nich zlokalizowanych na terenie województwa zachodniopomorskiego (WOiRZL-II/JD/3332/4/10)*

Ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone zostało w dniu 1 maja 2010 r. pod nr 127923-2010 w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

naruszenie art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 45 ust. 3 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania ubiegających się wspólnie w formie konsorcjum o udzielenie zamówienia wykonawców: Lider - CALEX Sp. z o.o. i członek konsorcjum - REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o.

Odwołujący wnosi o

1. Uwzględnienie odwołania,
2. Nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty ubiegających się wspólnie w formie konsorcjum o udzielenie zamówienia wykonawców :
 - b) wykluczenie Wykonawcy z postępowania
3. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności oceny ofert z uwzględnieniem pkt. 2.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazywał, iż pismem przesłanym faxem otrzymanym przez Odwołującego w dniu 2 sierpnia 2010 roku Zamawiający poinformował o dokonaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy w formie konsorcjum.

Zdaniem Odwołującego wybór ten dokonany został z naruszeniem wskazanych we wstępie przepisów ustawy PZP, wobec dokonania wyboru Wykonawcy, który nie wniósł wadium do upływu terminu składania ofert, jak również nie spełniał określonych w SIWZ. warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nr 1.

Odwołujący wskazywał, że na podstawie cz. XI ust. 1 SIWZ Zamawiający żądał wniesienia wadium w wysokości 100.000,00 zł., które zgodnie z cz. XI ust. 6 SIWZ, powtarzającym zasadę ustaloną w art. 45 ust. 3 ustawy PZP, miało być wniesione przed upływem terminu składania ofert. Termin ten ustalony został ostatecznie na dzień 16 czerwca 2010 roku do godz. 10.00.

Dyspozycja przelewu z rachunku członka konsorcjum Remech Grupa Remontowo Inwestycyjna Sp. z o.o., dotycząca kwoty wadium, została wydana w banku Pekao S.A. w dniu 15.06.2010 r. o godz. 14.18.44., co wynika z dokumentu załączonego na str. 63 oferty, i o tej też godzinie kwota ta została wysłana do Krajowej Izby Rozliczeniowej. Wszystkie przelewy realizowane przez banki w Polsce dokonywane są bowiem za pośrednictwem Krajowej Izby Rozliczeniowej S.A. Tym samym kwota wadium wpłynęła do Izby w ramach ostatniej sesji rozliczeniowej odbywającej się w przedziale czasowym 13:30 (otwarcie wejścia) - 16.00 (zamknięcie wejścia). Natomiast dyspozycje przelewu z Krajowej Izby Rozliczeniowej, czyli przekazanie wyników do banków na których rachunki środki są przekazywane, mają miejsce o godz. 17.30. Tym samym środki te nie mogły znaleźć się na koncie Zamawiającego w banku PKO BP, albowiem ostatnia sesja w tym banku kończy się o godz. 17.20. Natomiast pierwsza sesja przychodząca w tym banku rozpoczyna się o godz. 10.50. Tym samym, zdaniem Odwołującego, kwota wadium Wykonawcy nie mogła wpłynąć na konto Zamawiającego w dniu 16 czerwca 2010 r. przed godz. 10.00, czyli przed terminem składania ofert.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 lutego 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 31/08 „termin, w którym należy wnieść wadium został dokładnie określony w art. 45 ust.3 ustawy Prawo zamówień publicznych: *wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert*. Powszechnie przyjęte jest w doktrynie i orzecznictwie, iż słowo *wniesienie* oznacza uznanie kwoty wadium przez rachunek zamawiającego”.

Oznacza to więc , iż jeżeli przelew nie dotarł na rachunek Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, co zdaniem Odwołującego miało miejsce w przedmiotowej sprawie, to danego wykonawcę, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy PZP w związku z art. art. 45 ust. 3 ustawy PZP, należy wykluczyć z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czego Zamawiający bezpodstawnie zaniechał.

Zarzut nr 2

Zgodnie z postanowieniami SIWZ - cz. VIII *Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków; Podstawy wykluczenia z postępowania*, - ust. 1 pkt 2) Zamawiający wymagał by wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu wykazał, m.in., że:

„w okresie ostatnich trzech lat przed dniem składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał co najmniej trzy zadania, odpowiadające swoim rodzajem i wartością (łącznie kwotą na wszystkie 3 zadania w wysokości co najmniej 9.000.000,00 zł. brutto) przedmiotowi zamówienia (lub zadań związanych z likwidacją wraz z rekultywacją exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego), z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ w cz. IX *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków o których*

mowa w art. 22 ust. 1 ustawy PZP, w celu potwierdzenia posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykonawca miał przedłożyć stosowne informacje na formularzu stanowiącym załączniku nr 4 do SIWZ „Wykaz wykonanych usług” (zwanym także na str. 9 SIWZ „Doświadczenie wykonawcy”). Informacja musiała potwierdzać spełnienie warunku ustalonego w „ pkt 1) ppkt 2 rozdział VIII SIWZ” (inaczej określanych w specyfikacji jako „cz. VIII, ust. 1 pkt 2”) a do informacji miały być dołączone dokumenty potwierdzające, że wymienione usługi zostały wykonane należycie.

W zał. Nr 4 do oferty (str. 30-31) Wykonawca nie wykazał realizacji zadań odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia. Przedstawił tam natomiast wykonanie następujących prac i ich zakres:

1. Likwidacja przenośnik taśmowy - likwidacja wraz z rekultywacją

2. Prace antykorozyjne - prace antykorozyjne malowanie + piaskowanie
3. Prace antykorozyjne - prace antykorozyjne piaskowanie + malowanie
4. Likwidacja zbiornika wody pitnej - likwidacja wraz z rekultywacją
5. Remont magazynu mocznika No 523 - naprawa magazynu mocznika

Żadna z powyższych prac, zwłaszcza w świetle referencji, nie spełnia jednak wymagań ustalonych w drugiej części cytowanej wyżej cz. VIII ust. 1 pkt 2) SIWZ, nie stanowi bowiem likwidacji wraz z rekultywacją exitu obiektów do magazynowania.

Na stronie 57 oferty, w drugim zał. Nr 4, Wykonawca wskazuje na wykonanie kolejnych prac (nie obejmujących zadań odpowiadających swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia), których zakres określony został jako likwidacja wraz z rekultywacją exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego:

1. Likwidacja ciągu nr 2 w Zakładzie Kwasu Siarkowego - PS Zakłady Chemiczne „Police” S.A. o wartości 2.842.600,00 zł. brutto.
2. Likwidacja ciągu nr 1 w Zakładzie Kwasu Siarkowego - PS Zakłady Chemiczne „Police” S.A. o wartości 3.374.202,80 zł. brutto
3. Likwidacja przez złomowanie środka trwałego o nazwie „Stacja paliw K-8” o wartości 207.226,76 zł. brutto.

Z powyższych prac nie może być uznana za spełniającą wymagania SIWZ praca wskazana pod poz. 1 albowiem nie została potwierdzona referencjami zleceniodawcy - Z.Ch. „POLICE” S.A. (referencje prac wykonywanych na rzecz Zakładów Chemicznych „POLICE” S.A. załączone zostały na str. 53 oferty). Z kolei w odniesieniu do pozycji 3 Wykonawca przedstawia nieprawdziwą informację odnośnie wartości tej pracy określonej jako 207.226,76 zł. brutto. Zgodnie bowiem z referencjami Z.Ch. Police przedmiotowa praca stanowi jedynie jedno z kilku zadań wskazanych w pozycji 3 referencji, których łączna wartość została określona na 169.858,00 zł. netto.

Podane przez konsorcjum firm referencje dotyczą tylko i wyłącznie likwidacji obiektów przemysłowych i w żadnej z referencji ani opisie zakresu usług nie uwzględniono i nie podano, iż prace dotyczyły usunięcia zanieczyszczonych elementów środowiska gruntowo-wodnego, czyli np. zanieczyszczonego gruntu.

Odwołujący podaje definicję pojęcia rekultywacja, co oznacza - przywracanie wartości użytkowych i przyrodniczych terenom zdewastowanym i zdegradowanym przez działalność

człowieka. Zasada rekultywacji *ex-silu* polega na usunięciu zanieczyszczonego gruntu z miejsca jego występowania w inne miejsce, gdzie przeprowadzone zostanie jego unieszkodliwienie, lub odzysk. Odwołujący stoi na stanowisku, iż konsorcjum firm mylnie interpretuje posiadane doświadczenie polegające na likwidacji infrastruktury przemysłowej z pracami rekultywacyjnymi.

Wobec uznania przez Zamawiającego, iż Wykonawca „nie uzyskuje wartości co najmniej 9.000.000,00 zł.) brutto” i w związku z jego wezwaniem w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy PZP Wykonawca poinformował o wykonaniu kolejnej pracy: likwidacja - likwidacja przez złomowanie środka trwałego budynku oleju opałowego silos pigmentu. Jednakże pracy tej również nie można uznać ani za odpowiadającą swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, ani też za spełniającą wymagania ustalone w drugiej części pkt 1) ppkt 2 rozdział VIII SIWZ., chociażby ze względu na brak prac rekultywacyjnych.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, bezspornym jest, iż wobec niespełnienia przez Wykonawcę ustalonego w cz. VIII ust. 1 pkt 2 (pkt 1 ppkt 2 rozdział VIII) SIWZ warunku udziału winien on zostać, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP, wykluczony z postępowania.

W końcowej części odwołania, Odwołujący wskazuje, że niewątpliwie posiada interes, w szczególności ekonomiczny, w uzyskaniu zamówienia oraz w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych we wstępie niniejszego odwołania przepisów ustawy PZP może ponieść szkodę w postaci niezyskania zysków planowanych na wypadek otrzymania zamówienia.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 roku, tj. po wejściu w życie nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) – tzw. „małej nowelizacji” oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 roku o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778) – tzw. „dużej nowelizacji” do rozpoznawania odwołania mają zastosowanie przepisy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu nadanym nowelizacjami, które weszły w życie odpowiednio dnia 22 grudnia 2009 roku oraz 29 stycznia 2010 roku.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Po trzeciej ustalono, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż potwierdzenie się zarzutów nie wykluczenia wybranego Wykonawcy i nie odrzucenia jego oferty oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia ze względu na złożenie oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zarzut nr 1.

W prowadzonym postępowaniu, w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający, regulując kwestie wnoszenia wadium wymagał, po pierwsze wniesienia wadium w wysokości 100 000,00 zł. Wadium należało złożyć w formach dopuszczonych przez ustawę Pzp przed upływem terminu składania ofert. Ostateczny termin składania ofert ustalono na dzień 16 czerwca 2010 roku na godzinę 10:00.

Odwołujący w złożonym środku ochrony prawnej podnosi, że skoro wybrany wykonawca złożył dyspozycję wykonania przelewu ze swojego konta na konto wskazane przez Zamawiającego w dniu 15 czerwca 2010 roku o godzinie 14:00, niemożliwym jest aby wymagana kwota znalazła się na koncie Zamawiającego przed upływem terminu składania ofert ze względu na sposób dokonywania operacji międzybankowych.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący, oprócz twierdzeń zawartych w odwołaniu, nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie tak sformułowanego zarzutu. W toku rozprawy Odwołujący złożył oświadczenie, iż zarzut sformułował na podstawie posiadanej wiedzy dotyczącej operacji międzybankowych jednakże nie posiada żadnych dokumentów, które potwierdzałyby postawioną przez niego tezę. Zamawiający zaś przedstawił na rozprawie wydruk operacji z konta depozytowego Zamawiającego, który skład orzekający Izby postanowił włączyć w poczet materiału dowodowego, a z którego to wprost wynika, iż w dniu 15 czerwca 2010 roku suma odpowiadająca wymaganemu w SIWZ wadium znalazła się na koncie

Zamawiającego. Wobec braku dowodu przeciwnego zarzut powyższy należało oddalić jako bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający nie naruszył swoim działaniem przepisów art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 45 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jednakże odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 wskazanej ustawy zasługuje na uwzględnienie z powodów odnoszących się do zarzutu nr 2 i wskazanych poniżej.

Zarzut nr 2.

W prowadzonym postępowaniu w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadanego doświadczenia i wiedzy o następującym brzmieniu:

„W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...)

2) posiadania wiedzy i doświadczenia, poprzez wykazanie, że w okresie ostatnich trzech lat przed dniem składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał co najmniej trzy zadania, odpowiadające swoim rodzajem i wartością (łącznie kwota na wszystkie trzy zadania w wysokości co najmniej 9 000 000,00 zł brutto) przedmiotowi zamówienia (lub zadań związanych z likwidacją i rekultywacją exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowisko gruntowo-wodnego) z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączeniem dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane należycie.”

Zgodnie z punktem SIWZ dotyczącym wykazu oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu wykazania spełniania warunków udziału, Wykonawcy mieli przedłożyć na potwierdzenie spełniania opisanego powyżej warunku *Informacje o doświadczeniu Wykonawcy na formularzu pn. „Doświadczenie Wykonawcy”* stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ. Do informacji winny być załączone dokumenty potwierdzające, że wymienione usługi zostały wykonane należycie.

Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w prowadzonym postępowaniu, złożył wraz z ofertą wykaz, w którym znajdowało się 9 pozycji. Następnie Wykonawca ten został dwukrotnie wezwany przez Zamawiającego do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W odpowiedzi na I wezwanie Wykonawca przedłożył wykaz zawierający jedną pozycję wraz z referencją dotyczącą zamieszczonej w wykazie pozycji. Odpowiadając na II wezwanie do uzupełnienia,

Wykonawca przedłożył nowy wykaz, który zawierał 4 pozycje wraz z referencją odnoszącą się do punktu 4, a będącą nowym zadaniem. W ocenie Zamawiającego pozycja nr 3 z pierwotnego wykazu oraz pozycje w wykazach uzupełnionych pozwalały dokonać wyboru tej oferty jako oferty najkorzystniejszej spełniającej warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do doświadczenia.

Odwołujący zarzuca natomiast, iż wybrany Wykonawca nie spełnia warunku udziału w postępowaniu i winien być z prowadzonego postępowania wykluczony ponieważ żadna z wykazanych przez niego prac nie spełnia warunków SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje:

Zarzut powyższy zasługuje na uwzględnienie.

Nie ulega wątpliwości, iż Zamawiający postawił warunek tak, że wykonawcy mogli wykazać się co najmniej trzema zadaniami, odpowiadającymi swoim rodzajem i wartością przedmiotowi zamówienia (czyli wykonaniem usługi usunięcia tzw. mogilników) lub też mogli wykazać się wykonaniem zadań związanych z likwidacją i rekultywacją exitu obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowisko gruntowo-wodnego. Warunek został określony szeroko, tak aby nie spowodować ograniczenia uczciwej konkurencji wśród wykonawców. Nie ulega również wątpliwości, iż z warunku wynikał obowiązek wykazania się pracami (zadaniami), które charakteryzować miały się zarówno likwidacją, jak też rekultywacją exitu obiektów.

O ile ze złożonego przez wybranego Wykonawcę wykazu informacji wynika, z opisu zakresu usług z uwzględnieniem wymagań opisanych w rozdziale VIII pkt 2 SIWZ, że Wykonawca ten wykonywał prace polegające na likwidacji wraz z rekultywacją na poszczególnych obiektach, o tyle informacja ta nie wynika z przedłożonych do wykazu referencji, czy to w przypadku referencji złożonych z ofertą, czy to referencji uzupełnionych na wezwanie Zamawiającego.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że co do zasady dopuszczalne jest podejmowanie przez zamawiającego czynności mających na celu wyjaśnienie czy w złożonej ofercie nie występują braki, szczególnie wtedy gdy celem tych czynności jest rozwianie wątpliwości co do oferty i składających się na nią dokumentów. Ustawa Prawo zamówień publicznych nie wyłącza bowiem tego rodzaju działań a nakłada na zamawiającego obowiązek przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w sposób bezstronny i obiektywny. Powyższe znajduje potwierdzenie w powszechnie stosowanej przez zamawiających praktyce, która znajduje wyraz również

w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładowo, w uzasadnieniu wyroku KIO/UZP/519/10 Krajowa Izba Odwoławcza nakazała zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, z uwzględnieniem przy tej ocenie okoliczności wynikających z zebranych samodzielnie przez zamawiającego materiałów i informacji dotyczących spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu a także dowodów dostarczonych zamawiającemu przez innego wykonawcę i na tej podstawie dokonanie oceny, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, w sytuacji, gdy zamawiający nie ma pewności co do spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę na podstawie złożonych dokumentów, jest uprawniony do sięgania do własnej wiedzy, w tym także pochodzące z innych postępowań, jak i zbierania informacji od podmiotów trzecich, innych niż wykonawca, którego oferty dotyczą wątpliwości, szczególnie gdy ma to służyć rozwianiu wspomnianych wątpliwości, jeśli tylko ostatecznie umożliwi wykonawcy samodzielne wypowiedzenie się w tym zakresie, na podstawie art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, które to uregulowanie w ocenie składu orzekającego ma pierwszeństwo w wyjaśnianiu zagadnień dotyczących złożonej oferty. Dostrzec trzeba jednak w tym miejscu, że każdorazowo granicą dopuszczalności takiej praktyki będzie wyrażony w art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązek prowadzenia postępowania o udzielenia zamówienia publicznego w sposób zapewniający równe traktowanie wykonawców i uczciwej konkurencji. Za niedopuszczalne należałoby zatem uznać takie działanie Zamawiającego, które będzie zmierzało do usunięcia braków oferty czy też wątpliwości pojawiających się na jej tle za wykonawcę – Zamawiający nie może bowiem podejmować czynności za wykonawcę, celem wykazania że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji Zamawiający stanie się bowiem rzecznikiem jednego z uczestników postępowania, zaś takie działanie może i powinno być potraktowane jako naruszające zasadę równego traktowania wykonawców.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt analizowanej sprawy, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż nie sposób mówić co prawda w tej konkretnej sytuacji o naruszeniu przez Zamawiającego powyższych zasad, z niżej przedstawionych powodów. Zamawiający umożliwił wybranemu wykonawcy wykazanie się, że w ostatecznym rozrachunku on sam i jego oferta spełniają warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca został dwukrotnie (co nie zawsze jest uznawane przez Krajową Izbę Odwoławczą jako działanie prawidłowe) wezwany do wyjaśnienia złożonej oferty i uzupełnienia brakujących lub nieprawidłowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Jednakże wybór tak skonstruowanej oferty należy uznać za niezasadny.

Po pierwsze, w złożonej przez wybranego Wykonawcę ofercie, w wykazie i załączonych do oferty referencjach zakres usługi mającej potwierdzać posiadanie odpowiedniego doświadczenia został określony dość ogólnie: „*Zakłady Chemiczne POLICE S.A. potwierdzają że na nasze zlecenie firma REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o. w dniach od 4.10.2007 do 31.12.2008 zrealizowała zadanie pod nazwą Likwidacja ciągu kwasu siarkowego nr 1 w Zakładzie Kwasu Siarkowego – PS Zakładów Chemicznych POLICE S.A.*”, następnie wymieniony jest zakres likwidacji i wskazanie, że prace wykonano terminowo, fachowo i z należytą starannością. Podobnie skonstruowane są referencje przedłożone przez wybranego Wykonawcę na wezwanie do uzupełnienia, gdzie czytamy: „*Informujemy, że firma REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o. była w latach 2008-2009 generalnym wykonawcą prac likwidacyjnych na terenie Zakładów Chemicznych POLICE S.A.*”, czy też w ostatnich złożonych referencjach: „*Informujemy, że firma REMECH Grupa Remontowo-Inwestycyjna Sp. z o.o. w latach 2008-2009 prowadziła szereg prac rozbiórkowych oraz likwidacyjnych obiektów do magazynowania substancji niebezpiecznych mogących powodować zanieczyszczenie środowiska gruntowo-wodnego*”.

W świetle powyższego, wątpliwości Odwołującego na tle tak złożonych przez wybranego Wykonawcę referencji, należy uznać za uzasadnione. Zamawiający wobec tak złożonych dokumentów, wyjaśnionych i uzupełnionych na jego wezwanie, nie był uprawniony do wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wybranego wykonawcy ponieważ z posiadanych przez Zamawiającego dokumentów nie wynika spełnianie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. W żadnym ze złożonych dokumentów nie wynika wykonywanie prac rekultywacyjnych, które w sposób jasny i klarowny wynikały z warunku przedstawionego w SIWZ. Izba zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, iż spełnianie warunków udziału wynikać ma ze składanego wraz z ofertą *Wykazu usług*, zaś referencje mają potwierdzać należyte wykonanie wymienionych usług. Jednakże nie jest tak, że Zamawiający może bezkrytycznie ignorować fakt, że te dwa dokumenty się wzajemnie nie uzupełniają, a w pewnych miejscach zawierają wewnętrznie sprzeczne twierdzenia.

Po drugie, dostrzec trzeba, że to wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia winien wykazać, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Powyższe wynika wprost z brzmienia przepisu art. 26 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym Zamawiający żąda od wykonawcy dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z natomiast z brzmieniem przepisu art. 26 ust. 2 a powołanej ustawy, wykonawca na żądanie Zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1,

i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

W analizowanej sprawie, przedmiotem sporu jest spełnianie opisanego w art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, którego spełnienie ma być udokumentowane załączonymi do oferty odwołującego referencjami i wykazem usług.

To zatem obowiązkiem wybranego Wykonawcy było wykazanie – również w kontekście uzasadnionych wątpliwości Zamawiającego, że spełnia on warunek udziału w postępowaniu. Nie przeczy powyższemu regulacja zawarta w *rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane*.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, „referencje”, co do zasady, nie muszą potwierdzać zakresu wykonanej usługi, a są składane w celu wykazania należytego wykonania zamówienia. Jednakże zauważyć należy, iż w przypadku, gdy w świetle posiadanych przez Zamawiającego informacji wynika, że zakres danej usługi budzi wątpliwości, to na Wykonawcy ciąży obowiązek jednoznacznego wyjaśnienia zakresu tej usługi, w tym również poprzez np. przedstawienie stosownych dokumentów potwierdzających niezbitcie wymagany w treści warunku zakres zrealizowanego świadczenia. Brak wykazania, że usługa obejmowała wymagany zakres świadczenia lub że wykonano ją w wymaganym okresie obciąża w sposób negatywny wykonawcę, skutkując uznaniem, iż Wykonawca nie przedstawił dokumentów potwierdzających spełnianie warunku.

Zebrane w sprawie dowody: oferta odwołującego wraz z załącznikami oraz pisma złożone na wezwanie Zamawiającego wraz z dodatkowe referencje czynią zasadnym wniosek Odwołującego, że wybrany Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego. Referencje złożone przez wybranego Wykonawcę są bardzo ogólne - obejmują inwestycje w zakresie likwidacji– bez wskazywania rekultywacji na zadaniach. Słusznie zauważył na rozprawie pełnomocnik Odwołującego, że za prace rekultywacyjne nie mogą być uznane prace polegające na likwidacji a następnie złomowaniu środka trwałego. Rekultywacja w swojej definicji zawiera przywracanie wartości użytkowych i przyrodniczych terenom zdewastowanym i zdegradowanym przez działalność człowieka. Za takie działanie z pewnością nie można uznać złomowania likwidowanego obiektu, w innych referencjach mowa jest o przeprowadzaniu prac rozbiórkowych, które z pewnością nie mają nic wspólnego z rekultywacją.

Stąd należało uznać za trafną ocenę dokonana przez Odwołującego w złożonym odwołaniu. Oceniając zaniechanie Zamawiającego nie wykluczenia wybranego Wykonawcy z postępowania i nie odrzucenia jego oferty należało zatem podzielić ocenę, że złożony najpierw z ofertą a następnie na wezwanie Zamawiającego wykaz wraz z referencjami nie

potwierdza spełniania przez tego wykonawcę określonego w rozdziale VIII ust. 1 pkt 2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału w postępowaniu. Wskazać także należy, że wybrany wykonawca był już dwukrotnie wzywany do uzupełniania i wyjaśniania dokumentów, dlatego niemożliwe jest ponowne dokonanie tej czynności. Nawet jeżeli, jak twierdził na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego, I wezwanie do uzupełnienia było sformułowane wadliwie, Zamawiający miał możliwość konwalidacji swojego niewłaściwego działania kierując do Wykonawcy II wezwanie dotyczące tej samej czynności. W ocenie składu orzekającego ponowne wzywanie nie jest ani celowe ani uzasadnione w jakikolwiek inny sposób.

Tym samym, decyzja Zamawiającego o nie wykluczeniu wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych nie była uzasadniona. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż Zamawiający naruszył swoim działaniem przepisy art. 22 ust. 1 pkt. 2, art. 24 ust. 2 pkt. 4 i ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, tym samym odwołanie, na podstawie art. 192 ust. 2 wskazanej ustawy podlegało uwzględnieniu. W ocenie Izby zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego potwierdziły się i podjęte decyzje miały wpływ na wyniki postępowania o udzielenie zamówienia.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając uzasadnione koszty stron postępowania, w tym koszty wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 000 zł.

Przewodniczący:

.....