

Sygn. akt KIO/UZP 258/09

WYROK
z dnia 18 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Magdalena Grabarczyk**

Członkowie: **Marek Koleśnikow**

Piotr Kozłowski

Protokolant: **Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 marca 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zdzisława Zawistowskiego** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Ogólnobudowlany Zdzisław Zawistowski, 19 - 400 Olecko, ul. Wodna 3/23** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Powiat Olecko, 19 - 400 Olecko, ul. Kolejowa 32** protestu z dnia **28 stycznia 2010 r.**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje: unieważnienie czynności wykluczenia Zdzisława Zawistowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Zdzisław Zawistowski, 19 - 400 Olecko, ul. Wodna 3/23 oraz dokonanie ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

2. Kosztami postępowania obciąża Powiat Olecko, 19 - 400 Olecko, ul. Kolejowa 32 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zdzisława Zawistowskiego**

prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Zdzisław Zawistowski, 19 - 400 Olecko, ul. Wodna 3/23;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 044 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Powiat Olecko, 19 - 400 Olecko, ul. Kolejowa 32** na rzecz **Zdzisława Zawistowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Zdzisław Zawistowski, 19 - 400 Olecko, ul. Wodna 3/23** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **5 556 zł 00 gr** (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zdzisława Zawistowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Zakład Ogólnobudowlany Zdzisław Zawistowski, 19 - 400 Olecko, ul. Wodna 3/23.**

U z a s a d n i e

Zamawiający - Powiat Olecki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej również: „ustawą”, postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest rozbudowa, modernizacja i doposażenie bazy kształcenia zawodowego w powiecie oleckim.

Pismem z 21 stycznia 2010 r. zamawiający poinformował o wynikach postępowania – wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Zdzisława Sadowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Zdzisław Sadowski z siedzibą w Olecku oraz o wykluczeniu Zdzisława Zawistowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Zdzisław Zawistowski z siedzibą w Olecku, który wobec dokonanych czynności wniósł odwołanie, poprzedzone protestem.

Odwołujący się zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy przez wykluczenie go z przetargu i w konsekwencji odrzucenie jego oferty, mimo że

złożył prawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunku ustalonego w pkt 2.5. część B specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: siwz, o osiągnięciu średniego obrotu rocznego z ostatnich trzech lat w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł oraz inne dokumenty potwierdzające spełnianie tego warunku;

2. art. 14 ustawy w zw. z art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z § 1 ust. 3 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2006 r., Nr 87, oz. 605 ze zm.), zwanego dalej rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, przez nieprawidłowe zbadanie powołanego warunku tj. wzięcie pod uwagę okresu trzech lat obrotowych 2006, 2007, 2008 zamiast okresu trzech ostatnich lat liczonych, na zasadach przewidzianych w k. c., od ostatecznego terminu składania ofert i nie uwzględnienie dokumentów określających obrót odwołującego się w 2009 r.;
3. art. 38 ust. 4 ustawy przez dokonanie po terminie składania ofert - na etapie wezwania do uzupełnienia dokumentów oraz ponownej oceny ofert - niedopuszczalnej zmiany warunku udziału w postępowaniu w postaci doprecyzowania, iż przy liczeniu średniego rocznego obrotu uwzględnione zostaną trzy ostatnie lata obrotowe - a nie „trzy ostatnie lata”;
4. art. 91 ust. 1 ustawy w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 5, 6 i 13 ustawy przez niewłaściwą ocenę ofert tj. dokonaną z pominięciem kryteriów oceny ofert oraz warunków udziału w postępowaniu i sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków określonych w siwz, a w rezultacie wybranie oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą, wykluczenie odwołującego się i zaniechanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz;
5. art. 7 ust.1 i 3 w zw. z art. 24 ustawy przez wykluczenie odwołującego się, a tym samym nie udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy ustawy i przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz zasadę równego traktowania wykonawców.

Odwołujący się wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego się i wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z przepisami ustawy i wyboru oferty odwołującego się, jako najkorzystniejszej. Nadto o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, m. in. obejmujących wpis od odwołania.

Uzasadniając podniesione zarzuty, odwołujący się wywiódł, że interpretacja warunku udziału w postępowaniu zawartego w pkt 2.5. część B siwz, zgodnie z którą zamawiający wymaga

wykazania jego spełnienia w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, ujawniła się na etapie ponownej oceny ofert, wynikającej z uwzględnienia protestu odwołującego się z 3 grudnia 2009 r. Wywiódł, że ustawa Prawo zamówień publicznych nie definiuje sposobu obliczenia obrotu za dany okres, nie wskazuje, że podstawą tych wyliczeń może być tylko rok obrotowy. Zatem, aby można było mówić o liczeniu średniego rocznego obrotu na podstawie trzech ostatnich lat obrotowych, zamawiający winien ustalić takie wymaganie w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz siwz. Natomiast zamawiający doprecyzował swoje wymagania na etapie ponownej oceny, co narusza art. 38 ust. 4 ustawy. Odwołujący się ocenił, że wobec treści siwz zastosowanie winny mieć przepisy kodeksu cywilnego zgodnie z art. 14 ustawy. Podniósł, że wyliczony na ich podstawie okres trzech lat mieści się w wynikającym z rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów okresie trzech ostatnich lat obrotowych, gdyż go nie przekracza, a z faktu, iż rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów enumeratywnie wymienia w § 1 ust. 3 pkt 1 dokumenty finansowe ograniczając żądanie w tym zakresie do dokumentacji za okres nie dłuższy niż trzy lata obrotowe, nie może oznaczać, że w każdym przypadku takie właśnie dokumenty mają być podstawą oceny spełnienia warunku odnośnie obrotu. W konsekwencji zamawiający winien ocenić spełnianie przez niego warunku udziału w postępowaniu na podstawie wszystkich złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów. Nie uwzględnienie przez zamawiającego innych dokumentów poza PIT za lata 2006-2008, nie tylko powoduje wykluczenie wykonawcy spełniającego wszystkie warunki, który złożył prawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, ale narusza zasady równego traktowania wykonawców. Odwołujący się zarzucił, że zamawiający dokonał oceny spełnienia spornego warunku wyłącznie na podstawie oświadczenia Stanisława Morusiewicza prowadzącego działalność pod firmą INTREX Zakład Instalacyjno – Remontowo – Budowlany.

Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 28 stycznia 2010 r. (pismem z tej samej daty), odwołanie 11 lutego 2010 r. (pismo z tej samej daty) za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania w dniu jego wniesienia z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający oddalił protest 8 lutego 2010 r. W uzasadnieniu wskazał, że z przedłożonych przez odwołującego się dokumentów: PIT 36 - zeznanie o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w latach podatkowych 2008- 2007- 2006 wynika osiągnięcie przychodu w kwocie mniejszej od kwoty wskazanej w punkcie 2.5 części B siwz. Podkreślił, że żądanie złożenia dokumentów miało na celu ocenę spełnienia warunku osiągnięcia średniego rocznego obrotu z ostatnich trzech lat, przy czym oczywistym jest, że podstawą wyliczenia średniego rocznego obrotu może być tylko pełny rok obrotowy. Jest to zgodne z ustawą z dnia 29

września 1994 roku o rachunkowości oraz ustawą z 29 sierpnia 1997 roku - Ordynacja podatkowa, gdzie w stosunku do osób fizycznych - przedsiębiorców ustawodawca przyjął, że długość roku obrotowego i podatkowego pokrywa się z rokiem kalendarzowym i wynosi 12 miesięcy.

Zamawiający wywiódł, że § 1 ust 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów mówi o pełnym roku obrotowym, a dokumenty potwierdzające sytuację finansową wykonawcy stanowią katalog zamknięty, zatem zamawiający nie może żądać innych dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, niż wymienionych w rozporządzeniu. Inna interpretacji spornego warunku prowadziłyby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, bowiem wykonawcy składający swoje oferty wcześniej, niż w dniu 12 listopada 2009 r., musieliby złożyć dokumenty potwierdzające spełnienie warunku osiągnięcia średniego rocznego obrotu za inny okres (przykładowo: od 9 listopada 2006 r. do 9 listopada 2009 r., od 10 listopada 2006 r. do 10 listopada 2009 r.), co prowadziłoby do różnicowania sytuacji wykonawców. Zarzucił, że odwołujący się złożył dokumenty dotyczące roku 2009 _za pełny miesiąc listopad, podczas gdy (idąc jego tokiem myślenia), powinien wykazać, że osiągnął żądany średni obrót w okresie od 12 listopada 2006 r.

Zamawiający podkreślił, że dokumenty złożone przez odwołującego się dotyczą innego okresu, niż żądany w siwz. Podniósł, że żaden z wykonawców nie zwrócił się o wyjaśnienie treści siwz, ocenił, że nie dokonywał zmian w siwz, ani jej doprecyzowania z naruszeniem art. 38 ust. 4 ustawy, a żądanie uzupełnienia dokumentów z 8 stycznia 2010 r. wynika z przepisów prawa.

Po ustaleniu, że odwołanie nie podlega odrzuceniu, Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone zostało w Biuletynie Zamówień Publicznych 13 października 2009 r., pod numerem 357332 – 2009. Siwz została zamieszczona pod adresem: www.bip.powiat.olecko.pl.

Wartość zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy i wynosi 3.402.185,25 zł, co stanowi równowartość 877.507, 74 euro.

Odwołujący się złożył ofertę z najniższą ceną, cena stanowi zgodnie z pkt 13 siwz jedyne kryterium oceny ofert.

Zamawiający w pkt 2.5. część B siwz ustalił warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawców tj. osiągnięcia średniego obrotu rocznego z ostatnich trzech lat w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł, nie żądał jednak dokumentów w celu potwierdzenia przywołanego warunku.

W pkt 11.4 siwz zamawiający wymagał złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 i 2 ustawy.

27 listopada 2009 roku zamawiający dokonał wyboru oferty Zdzisława Sadowskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Ogólnobudowlany Zdzisław Sadowski i jednocześnie odrzucił ofertę odwołującego się, który 3 grudnia 2009 r. wniósł protest. Zamawiający rozstrzygając protest 16 grudnia 2009 r. uwzględnił część zarzutów i 8 stycznia 2010 r. wezwał odwołującego się do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu m. in. pozwalających na ocenę spełnienia warunku określonego w pkt 2.5 części B siwz.

14 stycznia 2010 roku odwołujący się udzielił odpowiedzi i złożył dokumenty, w tym:

- PIT-36 - zeznania o wysokości osiągniętego dochodu (poniesionej straty) w latach podatkowych 2006, 2007, 2008, potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Urząd Skarbowy w Olecku 12 stycznia 2010 r.;

- ZAS-DF - zaświadczenia o wysokości obrotu w podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowym a także dochodu podatnika w podatku dochodowym od osób fizycznych za odpowiednio za okresy: od listopada 2006 r. do końca grudnia 2006 r., od stycznia 2007 r. do końca grudnia 2007 r., od stycznia 2008 r. do końca grudnia 2008 r., od stycznia 2009 r. do końca listopada 2009 r. wydane przez Naczelnika Urzędu Skarbowego w Olecku 23 grudnia 2009 r.;

- zaświadczenie księgowej Pani Elżbiety K. (Biuro Rachunkowe ELKA w Olecku) prowadzącej dokumentację finansową odwołującego się z 10 stycznia 2010 r., o uzyskanym przez odwołującego się przychodzie za okres ostatnich trzech lat tj. od listopada 2006 r. do końca października 2009 r. w wysokości 3 020 399,33 zł;

- deklaracji dla podatku od towarów i usług VAT-7 składanych przez odwołującego się w Urzędzie Skarbowym w Olecku za kolejne miesiące od stycznia do października 2009 r. oraz za listopad i grudzień 2006 r., potwierdzone za zgodność z oryginałem przez Urząd Skarbowy w Olecku dnia 12 stycznia 2010 r.

Odwołujący się składając dokumenty wskazał, że „winny być one podstawą do oceny warunku sformułowanego w treści pkt 2.5. części B siwz tj. warunku osiągnięcia średniego obrotu rocznego z ostatnich trzech lat (ale nie trzech ostatnich lat rozumianych jako - 2006, 2007 i 2008, jak to formułuje w wezwaniu z dnia 8 stycznia 2010 r. zamawiający) w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł.

Niesporne jest, że ze złożonych PIT - 36 wynika, że odwołujący się w latach podatkowych 2006- 2007-2008 osiągnął przychód w wysokości brutto 2.638.145,83 zł, co daje średnią roczną 879.381,94 zł. zł.

Powyższe Izba ustaliła na podstawie znajdujących się w oryginalnej dokumentacji postępowania lub przekazanej przez zamawiającego w formie kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem: ogłoszenia o zamówieniu, siwz, oferty wykonawców ubiegających się o zamówienie oraz przywołanych pism i dokumentów.

Izba zważyła, co następuje:

Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż potwierdzenie zarzutów umożliwi mu uzyskanie zamówienia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zasadnicze znaczenie dla oceny zarzutów ma interpretacja postanowienia pkt 2.5 część B siwz.

Z wymagania osiągnięcia przez wykonawcę średniego obrotu rocznego z ostatnich trzech lat w wysokości nie mniejszej niż 1.000.000,00 zł nie sposób wywieść obowiązku wykazania obrotu w wymaganej kwocie wyłącznie w okresie ostatnich trzech lat obrotowych, w szczególności w rozumieniu ustawy o rachunkowości. Literalna treść pkt 2.5 część B siwz stanowi o trzech ostatnich latach, bez wskazania, czy mają to być lata kalendarzowe, czy obrotowe. Dookreślenie okresu w jakim zamawiający wymagał wykazania spełniania warunku tj. lat 2006, 2007 i 2008 nastąpiło dopiero w wezwaniu do uzupełnienia przez odwołującego się dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy. Uznać zatem należy, że ustalenie treści warunku udziału w postępowaniu, doprecyzowanie wymagań zamawiającego nastąpiło po upływie terminu składania ofert, co jest niedopuszczalne. Obowiązek ustalenia wymagań stawianych wykonawcom w sposób zgodny z przepisami spoczywa na zamawiającym i nie może być przeniesiony na wykonawców. Wykonawcy zainteresowani danym zamówieniem opierają się przede wszystkim na literalnej interpretacji postanowień siwz, nie są w żaden sposób zobligowani do domniemywania intencji zamawiającego, które nie zostały wyrażone w treści siwz lub zostały wyrażone w sposób ułomny, pozwalający na rozbieżne interpretacje. Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się w formie pisemnej. Zamawiający jest związany ustaloną przez siebie treścią siwz, co urzeczywistnia

zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż zapobiega możliwości dokonywania przez zamawiającego ocen o charakterze subiektywnym i arbitralnym

Odwołujący się nie może ponosić negatywnych konsekwencji niedołożenia przez zamawiającego należytej staranności przy ustalaniu treści siwz. Wykładnia celowościowa powoływana przez zamawiającego prowadzi do potwierdzenia stanowiska odwołującego się. Skoro zamówienia udziela się wykonawcy znajdującemu się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, to wobec treści pkt 2.5 część B siwz, brak jest podstaw do uznania, że wykonawca który wymagany obrót osiągnął do dnia składania ofert nie zapewnia należytego wykonania zamówienia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 38 ust. 4 ustawy potwierdził się.

Zwrócenie się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści siwz stanowi, zgodnie z art. 38 ust. 1 ustawy, uprawnienie, nie obowiązek wykonawcy. Okoliczność, że odwołujący się z przywołanej możliwości nie skorzystał, nie powoduje potwierdzenia stanowiska zamawiającego, lecz stanowi wyraz dokonanej przez odwołującego się interpretacji siwz, która z przedstawionych wyżej powodów jest uzasadniona.

Podkreślić należy, że żadne inne postanowienia siwz nie uzasadniają dokonanej przez zamawiającego interpretacji pkt 2.5 część B siwz.

Nietrafne jest, w okolicznościach sprawy, powoływanie się przez zamawiającego na § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów. Przede wszystkim zamawiający formułując katalog dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, nie wymagał potwierdzenia za pomocą dokumentów spełnienia warunku ustalonego w pkt 2.5. część B siwz, nie żądał dokumentów wskazanych w przywołanym przepisie.

Niesporne między stronami interpretacje § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów: *numerus clausus* katalogu dokumentów, których może żądać zamawiający celem potwierdzenia znajdowania się przez wykonawcę w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, odwołanie się do okresu nie dłuższego, niż 3 lata obrotowe oraz możliwość potwierdzenia przez wykonawcę osobę fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą dyspozycji przywołanego przepisu przez dokumenty PIT-36, ZAS – DF oraz deklaracji VAT -7, pozbawione są znaczenia dla rozpatrzenia zarzutów odwołania.

Przepisy rozporządzenia w sprawie dokumentów nie znajdują zastosowania w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego *per se*. Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń i dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, siwz lub zaproszeniu do składania ofert. Skoro zatem zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz siwz zaniechał wskazania dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w

postępowaniu określonego w pkt 2.5 część B siwz, uznać należy, że uznał je za zbędne do przeprowadzenia postępowania (*arg. a contrario*) i zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych nie może ich żądać w toku dokonywania czynności oceny spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy, z uwagi na wartość zamówienia, zamawiający był uprawniony, a nie zobligowany, do żądania dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający z posiadanego uprawnienia nie skorzystał formułując warunek określony w pkt 2.5 część B siwz, co powoduje konieczność uznania jego spełnienia przez wykonawców wyłącznie na podstawie oświadczenia wymaganego w pkt 11.4 siwz.

Niezakwestionowanie przez odwołującego się czynności wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, zgłoszenie zastrzeżeń wyłącznie do treści wymagania wynikającej z innej interpretacji postanowień siwz oraz złożenie wymaganych dokumentów przez wykonawcę nie sanuje treści siwz, nie ustala jej nowej, wiążącej interpretacji, nie kreuje nowego wymagania uprzednio nie wyrażonego w jej treści.

Interpretacja pkt 2.5. część B siwz przedstawiona przez zamawiającego oparta o § 1 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów jest nieuprawniona. W konsekwencji nie można mówić o złożeniu przez odwołującego się nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania, skoro dokumenty przez niego złożone potwierdzają spełnianie warunku, w jego literalnym brzmieniu. Zamawiający po upływie terminu składania ofert dokonał nieuzasadnionej reinterpretacji wymagań siwz, wymagał złożenia dokumentów niewymaganych w ogłoszeniu i siwz wybiórczo w stosunku do części wykonawców, co narusza zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, art. 7 ust. 1 ustawy.

Ustawa Prawo zamówień publicznych w art. 22 ust. 1 pkt 2 i 3 ustala odrębnie warunki posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia oraz znajdowania się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia. Również rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów statuuje niezależne katalogi dokumentów potwierdzających spełnienie obu warunków, odpowiednio w § 1 ust. 2 i 3. Bezprawne jest dokonywanie oceny prawdziwości oświadczenia o spełnianiu warunku pkt 2.5. część B siwz na podstawie wykazu wykonanych usług.

Reasumując, odwołujący się złożył prawdziwe oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy, zatem złożona przez niego oferta winna podlegać badaniu i ocenie. Czynności zamawiającego naruszają art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy oraz art. 25 ust. 1 ustawy w zw. z § 1 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 191 ust. 1 oraz art. 191 ust. 1 a ustawy uwzględniła odwołanie. Na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy Izba nakazała unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego się z postępowania oraz dokonanie ponownej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Izba nie nakazała unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert. Z uwagi na związanie Izby treścią art. 184 ust. 1 a ustawy, czynności tych winien dokonać zamawiający wykonując wyrok Izby.

Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając wynagrodzenie pełnomocnika odwołującego się, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w wysokości 3 600 zł na, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....