

Sygn. akt: KIO 1559/13

WYROK

z dnia 10 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 czerwca 2013 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M..... D.....i prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inwestycyjno Handlowe Inwest-Satelit M..... D....., S..... Z..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Usługowa S..... Z....., 81-402 Gdynia, ul. bp. Dominika 5, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Gmina Golub-Dobrzyń, 87-400 Golub-Dobrzyń, Plac Tysiąclecia 25,**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenie z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Miejskich „PUM” sp. z o.o., ul. Cegielniana 4; 86-300 Grudziąć, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gminę Golub-Dobrzyń, 87-400 Golub-Dobrzyń, Plac Tysiąclecia 25 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M.....**

D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Inwestycyjno Handlowe Inwest-Satelit M..... D....., S..... Z.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Firma Handlowo-Uslugowa S..... Z....., 81-402 Gdynia, ul. bp. Dominika 5**, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2.** zasądza od **Gminy Golub-Dobrzyń, 87-400 Golub-Dobrzyń, Plac Tysiąclecia 25** na rzecz **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: M..... D.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Inwestycyjno Handlowe Inwest-Satelit M..... D....., S..... Z.....** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Firma Handlowo-Uslugowa S..... Z....., 81-402 Gdynia, ul. bp. Dominika 5** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika

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

Przewodniczący:

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Golub-Dobrzyń ul. Plac Tysiąclecia 25 87-400 Golub-Dobrzyń, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Golub-Dobrzyń*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 kwietnia 2013 roku pod numerem 2013/S 079-133352.

Zamawiający dnia 18 czerwca 2013 roku przesłał wykonawcom informację o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert.

Dnia 25 czerwca 2013 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: M..... D..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Inwestycyjno Handlowe Inwest-Satelit M..... D....., S..... Z..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Handlowo-Uslugowa S..... Z....., 81-402 Gdynia, ul. bp. Dominika 5 (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych - polegające na odrzuceniu przez zamawiającego oferty odwołującego pomimo, że treść oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 2) art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - polegające na odrzuceniu przez zamawiającego pomimo, że wykonawca posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności,
- 3) art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - uczciwą konkurencję i równość traktowania wykonawców na podstawie przygotowanej specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - wybór wykonawcy nie nastąpił w oparciu o przepisy ustawy prawo zamówień publicznych, ale zasady i warunki odbiegające od jej treści,
- 5) art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych - wybór wykonawcy nie został dokonany w sposób wypełniający przepisy ustawy prawo zamówień publicznych,

- 6) art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - polegające na zaniechaniu obligatoryjnego wezwania odwołującego do przedłożenia umocowania do działania w imieniu konsorcjum,
- 7) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych- polegające na nie wykluczeniu wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Miejskich sp. z o.o., pomimo nie uzupełnienia oferty przez tego wykonawcę.

W związku z powyższymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- 1) Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) Unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- 3) Nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 4) Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, na które składają się wpis od odwołania,
- 5) Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów dołączonych do niniejszego odwołania, na okoliczność poparcia twierdzeń odwołującego zawartych w odwołaniu.

Zamawiający dnia 28 czerwca 2013 roku przekazał wykonawcom uczestniczącym w przedmiotowym postępowaniu kopię odwołania.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia.

Zamawiający, dnia 9 lipca 2013 roku złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła dowód z dokumentów składających się na dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wskazał, że interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony. Odwołujący złożył ofertę w przedmiotowym postępowaniu, która to powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji, istnieje możliwość poniesienia szkody przez odwołującego, a co za tym idzie odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odnosnie zarzutu Nr 1 - odwołujący wskazał, iż umowa konsorcjum dotyczy nie tylko wspólnego działania stron w kwestii zamówienia publicznego „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Miasta Golub-Dobrzyń”, ale także w kwestii zamówienia publicznego „Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Golub-Dobrzyń”, co wynika wprost z treści § 1 ust. 1 umowy konsorcjum oraz zgodnego zamiaru stron tej umowy. Ponadto odwołujący wskazał, że na etapie składania ofert w postępowaniu przetargowym nie był on zobowiązany do przedłożenia zamawiającemu umowy konsorcjum, a zamawiający nie był uprawniony do żądania przedłożenia przedmiotowej umowy, weryfikowania jej treści, a tym bardziej do odrzucenia oferty wykonawcy w wyniku dokonanej weryfikacji tejże umowy. Uprawnienia takiego nie przyznają zamawiającemu obowiązujące przepisy prawa polskiego czy też warunki przetargu ogłoszone przez zamawiającego, w szczególności specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

W zakresie zarzutu Nr 2 – odwołujący podniósł, iż powodem odrzucenia oferty odwołującego przez zamawiającego było ustalenie, iż *„brak jest nadanego numeru rejestrowego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska na rzecz jednego z Wykonawców Pana M..... D..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M..... D..... Przedsiębiorstwo Inwestycyjno Handlowe Inwest-Satelit”*. Zamawiający stwierdził, iż z rozdziału V pkt 2 ppkt 5 s.i.w.z. wynika, że gdy ofertę składa wspólnie kilku wykonawców wszyscy z nich muszą być uprawnieni do przystąpienia do realizacji umowy - wszystkie wymagane dokumenty i oświadczenia muszą być złożone przez

każdego z wykonawców (chyba, że dotyczą warunków, które mogą być spełnione łącznie przez te podmioty), w związku z czym każdy z wykonawców wchodzących w skład konsorcjum jest zobowiązany do przedłożenia dowodu nadania przedmiotowego numeru rejestrowego.

Odwołujący wskazał, iż w związku ze złożeniem wspólnej oferty przez wykonawców M..... D..... oraz S..... Z..... w ramach konsorcjum, przedłożenie dokumentu stwierdzającego posiadanie przez jednego z członków konsorcjum numeru rejestrowego nadanego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska jest wystarczające do uznania, iż konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w Rozdziale V pkt 1 ppkt b s.i.w.z. Odwołujący stoi bowiem na stanowisku, że warunek ten powinien zostać spełniony łącznie przez oba podmioty wchodzące w skład konsorcjum, a nie przez każdy ten podmiot z osobna.

W zakresie zarzutu Nr 3 – odwołujący wskazał, iż wszystkie dokumenty stanowiące ofertę konsorcjum, łącznie z Formularzem Oferty, zostały podpisane przez wykonawcę podpisem tzw. „parafką”. W związku z powyższym twierdzenie zamawiającego jakoby oferta nie została podpisana przez wykonawcę jest całkowicie bezzasadny. Dodatkowo odwołujący podniósł, że Formularz Oferty stanowiący załącznik nr 4 do s.i.w.z., był jedynym ze wszystkich formularzy przygotowanych przez zamawiającego, który nie zawierał specjalnego miejsca na podpis oferenta. Każdy z pozostałych formularzy stanowiących załączniki do s.i.w.z. zawierał specjalnie wyszczególnione miejsce na skreślenie podpisu przez wykonawcę.

Odnosnie zarzutu Nr 4 – odwołujący wskazał, że przedłożone przez odwołującego referencje zostały podpisane zgodnie z zasadami reprezentacji Wspólnot Mieszkaniowych, w związku z czym całkowicie niezrozumiały jest dla wykonawcy zarzut zamawiającego jakoby wskazane dokumenty nie zostały podpisane przez osoby prawnie do tego umocowane. Odwołujący podał, iż złożone przez niego referencje dotyczące Wspólnot Mieszkaniowych były opieczetowane (pieczęć Wspólnoty Mieszkaniowej) oraz były podpisane czytelnie imieniem i nazwiskiem lub „parafką” przez Zarząd Wspólnoty Mieszkaniowej zgodnie z zasadami reprezentacji określonymi w art. 21 ust. 2 ustawy z dnia 24 czerwca 1994 roku o własności lokali (Dz. U. z 2000 r., Nr 80, poz. 903 j.t.), w myśl, którego to przepisu, gdy zarząd jest kilkuosobowy, oświadczenia woli za wspólnotę mieszkaniową składają przynajmniej dwaj jego członkowie, natomiast w przypadku zarządu jednoosobowego oświadczenia woli podpisuje jedyny członek zarządu.

Przedmiotowe referencje zostały złożone przez odwołującego w odpowiedzi na pismem

wezwanie zamawiającego do uzupełnienia oferty z dnia 12 czerwca 2013 roku. Zgodnie z punktem 1 wskazanego pisma zamawiający zażądał od konsorcjum przedłożenia wykazu wykonanych usług polegającym na selektywnym odbiorze odpadów komunalnych o łącznej ich wartości nie mniejszej niż 300.000 zł netto w okresie 3 lat przed upływem terminu do składania ofert, mimo, że odwołujący dokonał złożenia wraz z ofertą prawidłowych referencji wystawionych przez Urząd Miasta Golubia- Dobrzyń w dniu 31 maja 2013 roku. Zgodnie z treścią przedstawionych referencji wykonawca świadczył usługi polegające na selektywnym odbiorze odpadów komunalnych w okresie od dnia 1 czerwca 2010 roku do dnia 31 maja 2013 roku, a tym samym odwołujący spełnił wymogi określone w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 s.i.w.z. oraz Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 s.i.w.z. Z powodów niezrozumiałych dla odwołującego, pomimo przedstawienia prawidłowych referencji, został on wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie referencji potwierdzających wykonywanie usług polegających na odbiorze selektywnie zbieranych odpadów komunalnych o łącznej ich wartości nie mniejszej niż 300.000 złotych netto, mimo, że warunek ten został określony w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 oraz w Rozdziale VI pkt 1 ppkt 2 s.i.w.z. tylko w stosunku do wykonawców, których okres prowadzenia działalności gospodarczej jest krótszy niż 3 lata.

Oдноśnie zarzutu Nr 5 – odwołujący podniósł, iż Zamawiający dopuścił się rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców w toku postępowania przetargowego określonej w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co polegało m.in. na tym, że zamawiający zaakceptował referencje przedstawione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Miejskich sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, a udzielone przez Spółdzielnię Mieszkaniową z siedzibą w Grudziądzu przy u. Moniuszki 13, pomimo, że dokument został podpisany niezgodnie z zasadami reprezentacji obowiązującymi w Spółdzielni. Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Miejskich sp. z o.o. z siedzibą w Grudziądzu, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie został wezwany do uzupełnienia oferty poprzez złożenie referencji podpisanych zgodnie z zasadami reprezentacji Spółdzielni Mieszkaniowej w Grudziądzu, ani też oferta tego wykonawcy nie została odrzucona. Jednocześnie zamawiający odrzucił ofertę odwołującego pomimo, że spełnia ona wszystkie wymagania określone w s.i.w.z., a przedłożone przez konsorcjum referencje Wspólnot Mieszkaniowych były podpisane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa dotyczącymi zasad składania oświadczeń woli przez osoby uprawnione do reprezentowania określonego podmiotu.

Odwołujący wskazał ponadto, iż zamawiający wzywając konsorcjum do uzupełnienia oferty poprzez przedłożenie referencji stwierdzających wykonanie usług polegających na selektywnym odbiorze odpadów komunalnych o łącznej ich wartości nie mniejszej niż 300.000 zł netto w okresie 3 lat przed upływem terminu do składania ofert, dopuścił się

rażącego naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, gdyż nie wezwał jednocześnie wykonawcy PUM sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień do przedłożonych w tym zakresie referencji.

Odwołujący podniósł także, że zamawiający dopuścił się rażącego nierównego traktowania wykonawców w postępowaniu przetargowym w ten sposób, że wezwał odrębnymi pismami odwołującego oraz wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Miejskich sp. z o.o. do uzupełnienia oferty poprzez „dostarczenie polisy obejmującej okres ubezpieczenia obejmujący czas trwania zadania”, jednak faktycznie wyegzekwował ten obowiązek jedynie od odwołującego.

Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Miejskich sp. z o.o. nie wywiązał się z wezwania zamawiającego i nie przedłożył wymaganej przepisami s.i.w.z. polisy, składając jedynie oświadczenie, iż posiada polisę na okres jednego roku i zamierza przedłużyć jej trwanie dopiero w momencie, gdy upłynie termin jej obowiązywania.

Pomimo wezwania Wykonawców do przedłożenia polis ubezpieczeniowych obejmujących cały okres realizacji zadania zgodnie z postanowieniami s.i.w.z., faktycznie zamawiający nie uzyskał takiej polisy od wykonawcy Przedsiębiorstw Usług Miejskich sp. z o.o., co powinno skutkować odrzuceniem oferty tego wykonawcy z powodu jej niezgodnością z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie odwołującego, zamawiający powinien był wykluczyć wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Miejskich sp. z o.o. z postępowania, nie tylko z powodu jej nie uzupełnienia zgodnie z wezwaniem zamawiającego zawartym w piśmie z dnia 12 czerwca 2013 roku (brak polisy obejmującej czas trwania zadania), ale także z tego powodu, że PUM sp. z o.o. złożył oświadczenie stanowiące odpowiedź na wezwanie zamawiającego tylko i wyłącznie za pośrednictwem faxu. Takie oświadczenie jest bezskuteczne. Oświadczenie można by było uznać za skuteczne, jednakże w tylko przypadku gdyby zamawiający wzywając wykonawcę do uzupełnienia oferty wskazał na możliwość przesłania uzupełnienia w formie faxu, co nie miało miejsca w okolicznościach niniejszej sprawy.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są częściowo zasadne, jednakże ich uwzględnienie miało istotny wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co wyczerpuje przesłankę wskazaną w przepisie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, dlatego też Izba uwzględniła przedmiotowe odwołanie.

Zarzut Nr 1 – dotyczący wyniku weryfikacji przedłożonej przez odwołującego umowy

konsorcjum, Izba uznała za zasadny.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający nie miał podstaw prawnych do wyciągnięcia negatywnych konsekwencji w odniesieniu do odwołującego, w zakresie treści przedłożonej umowy konsorcjum, której to umowy nie było obowiązkiem załączać do oferty. Izba wskazuje, że wykonawcy składający ofertę wspólną w ramach tzw. konsorcjum mogą swobodnie kształtować treść stosunku prawnego łączącego ich w przedmiocie realizacji celu w jakim umowa została zawarta. Wynikający z przepisów prawa cywilnego charakter umowy konsorcjum uniemożliwia jej uznanie za dokument niezbędny do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jak wskazuje przepis art. 23 ust. 4 ustawy Pzp, umowa taka może zostać przedłożona, na żądanie zamawiającego dopiero po wyborze oferty najkorzystniejszej (oferty konsorcjum), przed podpisaniem umowy.

Dlatego też czynność zamawiającego w tym zakresie należało uznać za bezprawną.

Zarzut Nr 2 – dotyczący braku nadania numeru rejestrowego przez GIOŚ na rzecz obu wykonawców wchodzących w skład konsorcjum, Izba uznała za zasadny.

Izba wskazuje, iż w związku ze złożeniem wspólnej oferty przez wykonawców M..... D..... oraz S..... Z..... w ramach konsorcjum, przedłożenie dokumentu stwierdzającego posiadanie przez jednego z członków konsorcjum numeru rejestrowego nadanego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska jest wystarczające do uznania, iż konsorcjum spełnia warunki udziału w postępowaniu określone w Rozdziale V pkt 1 ppkt b specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba stoi na stanowisku, że warunek ten jest spełniony łącznie przez oba podmioty wchodzące w skład konsorcjum, a nie przez każdy ten podmiot z osobna.

Art. 23 ust. 1 w zw. z art. 23 ust. 3 p.z.p., w zakresie dotyczącym warunków udziału w postępowaniu wymienionych w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 p.z.p., wskazuje, że dopuszczalnym jest co do zasady wykazywanie ich spełnienia łącznie przez wszystkich wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie. Taka wykładnia wynika z samej istoty konsorcjum tworzonego w celu wspólnej realizacji zamówienia, za którą wszyscy członkowie konsorcjum odpowiadają solidarnie (art. 141 p.z.p.). Dlatego też i potencjały wykonawców występujących w postępowaniu wspólnie podlegają sumowaniu.

Dlatego też czynność zamawiającego w tym zakresie należało uznać za bezprawną.

Zarzut Nr 3 – dotyczący odrzucenia oferty odwołującego w związku ze stwierdzeniem, że nie została ona podpisana, Izba uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że odwołujący w formularzu ofertowym nie umieścił podpisu, a jedynie nieczytelną parafę.

Oceniając powyższy zarzut Izba wzięła pod uwagę uchwałę Składu Siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 30 grudnia 1993 r. III CZP 146/93 OSNCP 1994/5 poz. 94 gdzie Izba wskazała, że parafę odróżnia się od podpisu przede wszystkim funkcją. Parafa stanowi bowiem sposób sygnowania dokumentu, mający świadczyć o tym, że jest on przygotowany do złożenia podpisu.

W ocenie Izby odwołujący nie zachował formy pisemnej oferty, składając jedynie parafę na formularzu ofertowym, co odwołujący potwierdził zarówno w treści odwołania, jak i na rozprawie.

Dlatego też czynność zamawiającego w tym zakresie należało uznać za prawidłową.

Zarzut Nr 4 – dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z uwagi na okoliczność, iż referencje nie są podpisane przez osoby umocowane do reprezentacji, wykaz usług obejmuje okres dłuższy niż 3 lata, wartość usług jest mniejsza niż wymagana przez zamawiającego, Izba uznała za zasadny.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na błędną podstawę prawną podaną przez zamawiającego w zakresie omawianego zarzutu. Izba wskazuje, że nie spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie powoduje sprzeczności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), a wywołuje skutek przewidziany przepisem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, tj. wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Niemniej, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zamawiający oceniając spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia odwołującego, nie dołożył należytej staranności, arbitralnie przyjmując, co znalazło swoje potwierdzenie w stanowisku zamawiającego przedstawionym na rozprawie, iż odwołujący warunku nie spełnił, nie wyjaśniając informacji zawartych zarówno w pierwotnie załączonym do oferty wykazie wraz z referencjami, jak i w odniesieniu do uzupełnionego wykazu w wyniku wezwania zamawiającego. W ocenie Izby zamawiający mając wątpliwości, co do złożonego wykazu i referencji winien odwołującego wezwać do wyjaśnień, a w przypadku ich braku, czy też niedostatecznego wyjaśnienia mógłby uznać, iż wykonawcę należy wezwać do uzupełnienia wykazu wraz z referencjami. Zamawiający na pytanie Izby nie potrafił wyjaśnić dlaczego, jakie elementy i jakim zakresie pierwotnie złożony wykaz wraz z referencją oraz uzupełniony wykaz wraz z referencjami nie potwierdza spełniania warunku udziału w

postępowaniu.

W ocenie Izby zamawiający nie przeprowadził, w sposób przewidziany przepisami ustawy Pzp, procedury badania i oceny ofert, dlatego też czynność zamawiającego w tym zakresie należało uznać za bezprawną.

Zarzut Nr 5 – dotyczący naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zaniechania wykluczenia wykonawcy PUM z postępowania i odrzucenia jego oferty, Izba uznała za zasadny.

Izba wskazuje na nierówność w traktowaniu wykonawców, jakiej dopuścił się zamawiający w przedmiotowym postępowaniu objawiającą się tym, iż w odniesieniu do oferty odwołującego zamawiający zastosował sankcję odrzucenia oferty (powinien ewentualnie wykluczyć), natomiast sankcji takiej nie wywiódł w odniesieniu do wykonawcy PUM, gdzie w ofercie wykonawcy PUM znajdują się informacje w zakresie referencji, które wymagały przeprowadzenia przynajmniej procedury z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Zamawiający dopuścił się również nierównego traktowania wykonawców w zakresie wymogów odnoszących się do potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający wymagał przedłożenia (dział VI ust. 1 pkt 5), na potwierdzenie spełniania warunku opisanego w dziale V ust. 1 pkt 4 s.i.w.z. opłaconej polisy OC w okresie realizacji umowy. Z uwagi na okoliczność, iż polisa w ofercie PUM nie obejmowała okresu, jaki wymagał zamawiający, zamawiający zwrócił się do tego wykonawcy o uzupełnienie przedmiotowego braku. Wykonawca PUM w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przedłożył oświadczenie, w którym wskazał, że wraz z upływem terminu obowiązywania przedmiotowego ubezpieczenia zostanie ono przedłużone o kolejny rok. Tym samym wykonawca PUM nie spełniając żądania zamawiającego nie potwierdził spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu, tym samym podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba podziela pogląd prezentowany w wyroku Izby z dnia 14 listopada 2008 r.; sygn. akt: KIO/UZP 1236/08, *iż żaden z przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych nie wskazuje na to, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 ustawy można zakwalifikować do udzielenia informacji lub wyjaśnień przez Wykonawcę. Tym samym nie można przyjąć, iż dopuszczona przez Zamawiającego możliwość udzielania wyjaśnień drogą faksową odnosi się także do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń.*

Powyższe statuuje obowiązek, po stronie wykonawcy, aby dokumenty składane w wyniku wezwania zamawiającego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zachowywały formę identyczną, jak dla dokumentów składanych wraz z ofertą.

W powyższym zakresie dziwi również zachowanie zamawiającego, który w odniesieniu do odwołującego, stawiając taki sam wymóg, wzywając do uzupełnienia takiego samego dokumentu nie poddał się refleksji, że dopuszczając wykonawcę PUM naruszył zasadę określoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, niejako zmuszając odwołującego do ponoszenia zwiększonych kosztów posiadania polisy, rezygnując z tego wymogu w odniesieniu do wykonawcy PUM.

Tym samym potwierdził się również zarzut dotyczący naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, która to oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, czyli została wybrana niezgodnie z przepisami ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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).

Przewodniczący: