

Sygn. akt: KIO 213/15
Sygn. akt: KIO 214/15
Sygn. akt: KIO 215/15

WYROK
z dnia 20 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa
Protokolant: Marta Polkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej:

- A. w dniu 04.02.2015 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Spółka Akcyjna, ul. Wiśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz**
- B. w dniu 04.02.2015 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" Sp. z o. o., Zakład Usług Malarsko-Drogowych A. S., J. S. Sp.j. ,ul. Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice**
- C. w dniu 04.02.2015 r. przez wykonawcę **ZBD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jagodowa 61,33-300 Nowy Sącz**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zarząd Dróg, ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz**

przy udziale:

- A. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" Sp. z o. o., Zakład Usług Malarsko-Drogowych A. S., J. S. Sp.j. ,ul. Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 213/15 po stronie zamawiającego;
- B. wykonawcy **ZBD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jagodowa 61,33-300 Nowy Sącz** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 213/15 i KIO 214/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

w sprawie o sygn. akt KIO 213/15

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę oferty odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Spółka Akcyjna, ul. Wiśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz**

2.2. zasądza od Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz**, na rzecz Odwołującego **Przedsiębiorstwo Robót Drogowo – Mostowych Spółka Akcyjna, ul. Wiśniowieckiego 138, 33-310 Nowy Sącz**, kwotę 13 600 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

w sprawie o sygn. KIO 214/15

1. **oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" Sp. z o. o., Zakład Usług Malarsko-Drogowych A. S., J. S. Sp.j. ,ul. Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" Sp. z o. o., Zakład Usług Malarsko-Drogowych A. S., J. S. Sp.j. ,ul. Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice**

3. zasądza od Konsorcjum: **Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" Sp. z o. o., Zakład Usług Malarsko-Drogowych A. S., J. S. Sp.j. ,ul. Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice**, na rzecz Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) – stanowiącą uzasadnione koszty strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

w sprawie o Sygn. KIO 215/15

1. **uwzględnia odwołanie** i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę oferty Odwołującego.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz, i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Odwołującego **ZBD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jagodowa 61,33-300 Nowy Sącz**

2.2. zasądza od Zamawiającego **Miejski Zarząd Dróg, ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz**, na rzecz Odwołującego **ZBD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jagodowa 61,33-300 Nowy Sącz** kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

Przewodniczący

Sygn. akt KIO 213/15

Sygn. akt KIO 214/15

Sygn. akt KIO 215/15

UZASADNIENIE

Miejski Zarząd Dróg ul. Wyspiańskiego 22, 33-300 Nowy Sącz, zwany dalej „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Remonty jezdni i chodników o nawierzchni bitumicznej w granicach administracyjnych miasta Nowego Sącza w latach 2015, 2016 i 2017*”.

Postępowanie jest prowadzone z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ww. ustawy, dotyczących robót budowlanych.

W postępowaniu złożono trzy oferty. W dniu 30 stycznia 2015 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wykluczeniu ich z postępowania, a następnie przesłał im informację o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Wobec takich czynności Zamawiającego wykluczeni z postępowania wykonawcy złożyli w dniu 4 lutego 2015 roku odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Sygn. akt KIO 213/15

Wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Drogowo-Mostowych S.A ul. Wiśniowieckiego 138, 33-300 Nowy Sącz, zwany dalej „Odwołującym” wniósł odwołanie wobec podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego w toku przedmiotowego postępowania czynności w postępowaniu i zarzucił im naruszenie:

- 1) art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez bezzasadne wykluczenie Odwołującego z postępowania pomimo, że przedłożone przez niego dokumenty potwierdzają spełnienie warunków udziału w postępowaniu;

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o nakazanie Zamawiającemu

1. powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania;
- 3) unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
- 4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą ewentualnie poprzedzenia wyboru oferty Odwołującego jego wezwaniem do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów wskazał, że Zamawiający wykluczając Odwołującego z postępowania podał, jako uzasadnienie, że *wykonawca dla robót/umowy 112/ZIKiT/2012 nie wykazał jej należytego wykonania za pełny okres jej obowiązywania tj. za okres: od 01.01.14 do dnia 31.03.2014 r. a w szczególności nie przedstawił dokumentów dla potwierdzenia jej należytego wykonania za ten okres od 01.01.14 r. do dnia 31.03.214 r. i tym samym wykonawca nie spełnia wymogów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jak również należytego wykonania pełnego zakresu czasowego tej umowy oraz realizacji zgodnej z zasadami sztuki budowlanej i nie wykazał iż te roboty (ta umowa) prawidłowo zostały ukończone*".

Odnosząc się do powyższego Odwołujący stwierdził, że nieprawdziwym jest ustalenie przez Zamawiającego, iż nie wykazał on spełnienia warunku o opisanego w rozdziale VII.5.a) SIWZ. Odwołujący podał, że w celu wykazania spełnienia ww. warunku Odwołujący załączył do swojej oferty wykaz wykonanych robót budowlanych (według wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ) oraz dokumenty potwierdzające należyte wykonanie robót wskazanych w tym wykazie. Dla wykazania spełnienia warunku dotyczącego wykonania co najmniej 1 zamówienia swoim rodzajem odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, w którym ilość wykonanych remontów cząstkowych nawierzchni ulic/dróg masą asfaltu lanego wynosi co najmniej 800 Mg, Odwołujący dedykował robotę z pozycji nr 1 wykazu. Jak wynika z opisu tej pozycji, jej przedmiotem było wykonanie remontów nawierzchni asfaltem lanym w ilości 8.145,88 m², a okres realizacji tych prac określony został na 01.01.2013 - 31.12.2013 r. Ponadto, w treści poświadczenia wystawionego przez zlecającego ww. prace tj. Zarząd Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie(ZIKiT) (pismo z dnia 17.04.2014 r.) wskazano, że prace te były realizowane w ramach zamówienia uzupełniającego (umowa nr 112/ZIKiT/2012 z dnia 15.03.2012 r.), w okresie od 01.01.2013 r. do 31.12.2013 r., a zakres prac (8.145,88 m²) obejmował remonty cząstkowe i bieżące nawierzchni asfaltem lanym i modyfikowanym na terenie dzielnicy li V. W treści poświadczenia wskazano, że prace wykonane zostały w sposób należyty, zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i zostały prawidłowo ukończone. W treści wykazu wykonanych robót znalazły się ponadto inne roboty, które wraz z załączonymi do nich poświadczeniami potwierdzały spełnienie warunku dotyczącego wykonania przynajmniej jednego zamówienia w którym ilość remontów nawierzchni bitumicznej ulic/dróg masą mineralno asfaltową (betonem asfaltowym) wynosi co najmniej 1.000 t". Ponadto, treść załączonych do oferty dokumentów potwierdzała spełnienie warunku dotyczącego łącznej wartości wykonanych robót wynoszącej minimum 10 mln zł. Z uzasadnienia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania wynikało, że Zamawiający zakwestionował „referencję" dotyczącą umowy nr 112/ZIKiT/2012 z dnia 15.03.2012 r. zrealizowaną na rzecz Zarządu Infrastruktury

Komunalnej i Transportu w Krakowie (poz. nr 1 wykazu), pozostałe wskazane w wykazie „referencje” nie budziły wątpliwości Zamawiającego.

Odwołujący podniósł również, że Zamawiający dwukrotnie był wzywany przez Zamawiającego do uzupełnienia i wyjaśnienia treści złożonej oferty. Pismem z dnia 22.12.2014 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp o wyjaśnienie treści poświadczenia złożonego dla prac wskazanych w pozycji nr 1 wykazu robót. Nadto pismem dnia 2 stycznia 2015 roku Zamawiający zwrócił się o wyjaśnienie rozbieżności związanej ze wskazaniem w wykazie dla pozycji nr 1 zakresu wykonanych prac „8.145,88 m² tj. 1600 t” oraz w związku z tą rozbieżnością poprosił o „[...] *dołączenie dokumentów potwierdzających wymaganą w SiWZ ilość remontów asfaltem lanym wyrażoną w Mg*”, Odwołujący na oba wezwania odpowiedział pozytywnie udzielając Zamawiającemu oczekiwanych informacji.

Odwołując się do powyższych wezwań podał, że uzasadnienie decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania nie ma żadnego związku z ww. wezwaniem, gdyż przyczyną wykluczenia Odwołującego z postępowania było nie wykazanie należytego wykonania umowy nr 112/ZIKiT/2012 z dnia 15.03.2012 r. w okresie od 01.01.14 do 31.03.2014 r., gdy tymczasem wezwanie Zamawiającego dotyczyło wyjaśnienia omyłki w zakresie przeliczenia ilości 8.145,88 m² prac na tony (Mg) i w konsekwencji uzupełnienia wykazu o prawidłowo wskazaną, w Mg, ilość wykonanych prac. W żadnym punkcie swoich pism Zamawiający nie wskazywał, że dostrzega brak w postaci nie przedłożenia poświadczenia dotyczącego okresu realizacji od 01.01.14 do dnia 31.03.2014 r. Z powyższego Odwołujący wywodził, że niezależnie od błędnej oceny przedłożonych przez Odwołującego dokumentów, w celu wykazania spełnienia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia jego wykluczenie jest niedopuszczalne z tej przyczyny, że Odwołujący nie był wzywany do uzupełnienia braków w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Z kolei, brak przedłożenia poświadczenia dla umowy 112/ZIKiT/2012 z dnia 15.03.2012 r. a dotyczącego okresu jej realizacji w terminie 01.01.14 do dnia 31.03.2014 r. jest całkowicie zdaniem Odwołującego bezprzedmiotowy dla oceny spełnienia warunku. Zamawiający zapomina, że prace polegające na wykonaniu remontów cząstkowych nawierzchni ulic/dróg stanowią świadczenie okresowe i ciągłe, składające się z powtarzalnych świadczeń, a nie wykonania jednego dzieła, stanowiącego kompleksową robotę budowlaną. W przypadku takiej umowy przedmiotem odbioru są poszczególne remonty, a nie cały zakres umowy, stąd też skoro w ramach ww. umowy, w okresie od 01.01.2013 r. - 31.12.2013 r. wykonano zakres odpowiadający opisanemu warunkowi, to brak jest podstaw do kwestionowania tej „referencji”. Podkreślić należy ponadto, iż w treści warunku Zamawiający nie wskazywał, że dopuszcza jedynie wykazanie się realizacją remontów cząstkowych w ramach zamkniętej umowy.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o nieuwzględnienie zarzutów odwołania i odnosząc się do argumentacji Odwołującego podniósł iż złożenie wyjaśnień przez Odwołującego w piśmie z dnia 07.01.2015r. do Zamawiającego i też złożenie przy tym piśmie (wyjaśnieniach) dodatkowych i nowych dokumentów stanowią de facto jego uzupełnienie (tak: teza z wyroku z dnia 13.09.2010r. syg. akt. KIO 1863/10). Stąd Zamawiający uznał czynność złożenia nowych oświadczeń i dokumentów (niżej wymienionych) za „samouzupełnienie” oferty przez odwołującego Wykonawcę (treść pisma Odwołującego z dnia 07.01.2015r.) a w szczególności dołączenie / uzupełnienie dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia opisanego w SIWZ tj. złożenie:

- 1/. nowego/ zmienionego (nowa ułomna treść zakresu udostępnienia opisana w pkt.a/) zobowiązania podmiotu trzeciego do udostępniania swoich zasobów dla wykazania warunku wiedzy i doświadczenia,
- 2/. nowego/ zmienionego oświadczenia - wykaz robót budowlanych,
- 3/. dołączenia nowych (dodatkowych) referencji/ poświadczeń

Te złożone do oferty poświadczenia / referencje wystawione były (otrzymywane na wniosek Wykonawcy) kolejno (w trakcie realizacji kontraktu) za okres rocznego jego zakresu a przede wszystkim dla potwierdzenia należytego wykonania objętych tym kontraktem części robót. Złożone poświadczenia / referencje nie obejmują jednak pełnego zakresu/ pełnego okresu realizacji umowy nr 112/ZIKiT/2012 z dnia 15.03.2012r. zawartej na okres od 15.03.12 do dnia 31.12.14r. Te referencje/poświadczenia (wystawiane za roczne części z wykonania kolejnego rocznego etapu tej umowy) przedłożone przez Odwołującego nie obejmują realizacji całej skończonej umowy albowiem brak jest referencji/poświadczeń wystawionych za okres realizacji tego kontraktu od 01.01.14 do dnia 31.03.14r..

Odnosząc się do braku tych przedmiotowych referencji Zamawiający stwierdził, że w kontekście czasowym tego postępowania i tej zakończony w dniu 31.03.14r. umowy o roboty budowlane wykazanie doświadczenia zawodowego można wykazać jedynie wykonanymi wszystkimi robotami z tej umowy. Wynika to z faktu, że z robót w toku /niepełnych referencji częściowych/ nie można wnioskować o doświadczeniu zawodowym wykonawcy , gdyż nie wiadomo czy wszystkie prace zostały wykonane prawidłowo i jaką ich ocenę prezentuje inwestor. Dodatkowo od daty wykonanych robót liczą się terminy wynikające z rękojmi oraz ewentualne terminy gwarancji jakości robót .

Reasumując stwierdził, że podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania było nie przedstawienie referencji / poświadczeń za okres realizacji końcowego etapu tej umowy od 01.01.14r. do 31.03.14r.i dlatego tych robót - tej umowy nie można było uwzględnić przy ocenie kwalifikacji zawodowych tego Wykonawcy. Nadto dodał, że w związku z samouzupełnieniem dokumentów oraz zasadą jednokrotności wezwania sformułowanej w

oparciu o regulację art. 26 ust. 3 Pzp nie mógł ponawiać wezwania w zakresie braku referencji, lecz Odwołującego wykluczył z postępowania, gdyż ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawcy Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" Sp. z o. o., Zakład Usług Malarsko-Drogowych A. S., J. S. Sp.j. ,ul. Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice oraz ZBD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jagodowa 61,33-300 Nowy Sącz poparli stanowisko Zamawiającego co do zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołanie o sygn. akt KIO 214/15

Konsorcjum firm: Przedsiębiorstwo Drogowo-Mostowe "GODROM" Sp. z o. o., Zakład Usług Malarsko-Drogowych A. S., J. S. Sp.j. ,ul. Kołłątaja 5, 38-300 Gorlice, zwane dalej „Odwołującym” wobec czynności wykluczenia go z postępowania zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ustawy Pzp tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz naruszenie art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp przez błędne przyjęcie, iż Konsorcjum złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, podczas gdy zarówno w ofercie jak i późniejszych dokumentach nie zostały podane nieprawdziwe informacje dotyczące spełnienia warunku udziału w zakresie posiadanej wiedzy i doświadczenia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący podniósł, że nieprawdziwe jest twierdzenie, iż Konsorcjum świadomie złożyło nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ tła wynik prowadzonego przez Zamawiającego postępowania, bowiem Lider Konsorcjum Przedsiębiorstwo Drogowo - Mostowe „GODROM” sp. z o.o. przed otrzymaniem od Zamawiającego zawiadomienia o wykluczeniu w ogóle nie miał żadnej wiedzy o naliczonych Partnerowi Konsorcjum karach umownych na realizowanym przez niego zadaniu na rzecz Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu w Krakowie. Podniósł, iż umowa nr 53A/ZIKTiT/2011 jak również kolejne cztery dodatkowe umowy miały charakter ramowy, określały ogólne zasady współpracy i były realizowane przez 3 lata. Na poszczególne roboty Partner Konsorcjum otrzymywał natomiast osobne pisemne zlecenie, w którym były określone takie istotne elementy jak: zakres robót, ich lokalizacja, termin wykonania. Każde zlecenie na wykonanie remontów nawierzchni było traktowane jako samodzielna części zadania, bowiem miało własny protokół odbioru i odrębny termin gwarancji, było osobno rozliczane, co wynikało z umowy ramowej.

Partner Konsorcjum uznał zatem, iż kwestia należytej realizacji dla każdego zlecenia powinna być badana osobno, co wskazał w złożonych przez siebie wyjaśnieniach. Ponieważ

wykonał prawidłowo, w sposób należyty taką liczbę remontów cząstkowych jaką wymagał zamawiający uznał, iż spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego do udziału w postępowaniu. Na żądanie Zamawiającego przedłożył dokumenty potwierdzające prawidłowość wykonanych zleceń tj. protokoły odbioru wraz z załącznikami. Nie można zatem uznać, iż podał nieprawdziwe informacje, którymi celowo zamierzał wprowadzić Zamawiającego w błąd, a zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą tylko w takim przypadku Odwołujący mógłby zostać wykluczony z postępowania. Ponadto do oferty zostały dołączone protokoły odbioru zleceń, które zostały zrealizowane w sposób należyty i terminowo. Te roboty w zupełności wystarczyły, by spełnić wymagania Zamawiającego.

Podkreślił, że dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazał odpowiednią ilość prawidłowo/ terminowo wykonanych przez niego remontów cząstkowych nawierzchni ulic/dróg masą asfaltu lanego, która wyniosła 2137,25 Mg, a ilość remontów nawierzchni bitumicznej ulic/dróg masą mineralno — asfaltową (betonem asfaltowym) wyniosła 3344,86 Mg. Łączna wartość tych prawidłowo wykonanych zleceń wyniosła 12.107.13165 zł. Podane wartości znacząco zatem przekroczyły te wielkości które były żądane w przetargu.

Odnosząc się do naliczonych kar umownych stwierdził, że w tak dużym zamówieniu realizowanym przez Zakład Usług Malarsko - Drogowych A. S., J S. sp. j., jedynie co do niewielkiego cząstkowego zlecenia zostały naliczone kary umowne. Kary umowne zgodnie z umową nie były naliczane od całości zamówienia, lecz od wartości poszczególnego zlecenia, co również wskazuje na odrębne potraktowanie każdego ze zleceń, a nie jako całości zamówienia. Takie podejście jest to uzasadnione długim okresem w jakim zamówienie było realizowane, jego bardzo duży zakres oraz brzmienie umowy.

Zamówienie było realizowane przez 3 lata, w tak długim okresie i przy tak dużym zakresie prac niewielkie przesunięcie w terminie nie świadczyło w ocenie Odwołującego o nienależyty wykonaniu całej umowy.

Odnosząc się do kwestii prawnej wskazanej podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania podał, że przesłanką wykluczenia wykonawcy na podstawie art 24 ust 2 pkt 3 jest niezgodność informacji przez niego podanej ze stanem rzeczywistym. Intencją Odwołującego nie było podanie nieprawdziwych informacji, czy wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Oświadczenia i wyjaśnienia Zakładu Usług Malarsko — Drogowych A. S., J S. sp. j. złożone w postępowaniu przetargowym są wynikiem dokonanej przez niego interpretacji realizowanych umów ramowych i poszczególnych zleceń, co potwierdzają złożone przez niego protokoły. Skoro wskazał tę część zamówienia/te zlecenia, które zostały wykonane prawidłowo, a które swoim zakresem były szersze od wymagań Zamawiającego, usprawiedliwionym było jego twierdzenie, że zamówienie zrealizował należycie.

Zamawiający odpowiadając na zarzuty odwołania wskazał, że dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia Konsorcjum wykazało

w wykazie robót budowlanych zrealizowane dla inwestora ZITiK w Krakowie umowy(kilka umów) za okres ich realizacji od 01.02.11. do 31.03.14r. Jako potwierdzenie należytej realizacji tych robót Odwołujący złożył dowód w postaci własnego „oświadczenia”. O powód złożenia zamiast referencji od podmiotu na rzecz którego konsorcjum wykonywało prace budowlane własnego oświadczenia Zamawiający zapytał Odwołującego pismem z dnia 18 grudnia 2014 roku. W odpowiedzi Odwołujące konsorcjum nie wyjaśniło tej kwestii i dodatkowo tylko w drodze „samouzupelnienia” dokumentów złożyło plik protokołów częściowego odbioru robót objętych 4-ma umowami zawartymi z inwestorem ZIKiT w Krakowie o numerach: 53A/ZIKiT/2011 z dnia 31.1.2011 r.; 146/ZIKiT/2013 z dnia 21.III.13r.; 279/ZIKiT/2013 z dnia 25.IX.13r./ ; 461/ZIKiT/2011 z dnia 31.1.13r. Również nie wskazało - uzasadniło obiektywnej przyczyny i powodu braku uzyskania „poświadczenia,, od inwestora. Zamawiający dodatkowo podał, że w ramach umowy 53A/ZIKiT/2011 z dnia 31.1.2011 r. oraz 146/ZIKiT/2013 z dnia 21.03.13r.inwestor naliczył (Partnerowi Konsorcjum) kary umowne za nieterminową realizację i za nieterminowe usuwanie usterek. Następnie w swoim kolejnym oświadczeniu Konsorcjum w piśmie z dnia 05.01.15r. znak: ZUMD/2/14 potwierdziło ponownie, iż rzeczony umowy w tym nr 53A/ZIKiT/2011 oraz nr 146/ZIKiT/2013 zrealizowało należycie i bez naliczania kar umownych przez Zamawiającego.

Istotnym dla uznania celowego złożenia nieprawdziwych informacji przez Konsorcjum jest fakt, że (Partner)Konsorcjum już od lutego 2014r. dysponowało i było w posiadaniu dokumentu „poświadczenia,, znak; ZIKiT /S/123641/13/NO/5296/ , gdzie inwestor ZIKiT w Krakowie wskazał/ potwierdził fakt, iż dla tych wskazanych w ofercie Konsorcjum robót naliczył kary umowne za nieterminowe wykonanie prac oraz za nieterminowe usunięcie usterek. W tym stanie rzeczy Zamawiający wskazał, że w takich okolicznościach sprawy nie można zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, iż jego intencją nie było podanie nieprawdziwych informacji i zatajenia faktu naliczenia dla tych umów kar umownych. Stwierdził, że działania Odwołującego w tym zakresie były nakierowane na wprowadzenie Zamawiającego w błąd, iż te ww. roboty zostały zrealizowane nienależycie. Podkreślił, że zawsze naliczenie kar umownych należy utożsamiać z nienależytym wykonaniem zamówienia.

Odnosząc się do złożonego „oświadczenia ,, Konsorcjum o prawidłowym wykonaniu robót, podał, że było to celowe działanie Konsorcjum, gdyż dysponowało ono negatywnymi referencjami od inwestora w których potwierdzone zostało naliczenie kar umownych. Tym samym świadomie podało nieprawdziwe informacji tj. złożyło nieprawdziwe oświadczenie. Podanie takich nieprawdziwych informacji przez wykonawcę-Konsorcjum zwalniało Zamawiającego z obowiązku wzywania do złożenia określonych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych.

Przystępujący do postępowania po stronie Zamawiającego wykonawca ZBD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jagodowa 61,33-300 Nowy Sącz zarówno w złożonym piśmie procesowym jak i na rozprawie poparł stanowisko Zamawiającego co do zasadności wykluczenia odwołującego z postępowania z powodu złożenia nieprawdziwych informacji.

Odwołanie o sygn. akt KIO 215/15

ZBD Sp. z o.o. Sp. k., ul. Jagodowa 61,33-300 Nowy Sącz, zwany dalej „Odwołującym” zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust 2 pkt 2, poprzez nieprzeprowadzenie Postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i wykluczenie ZBD, a następnie odrzucenie jej oferty, mimo że spełniała ona wszelkie warunki przewidziane Ustawą oraz dokumentami regulującymi Postępowanie;
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 4 zd. 1, poprzez wykluczenie ZBD mimo, że dokonała ona wniesienia wadium na przedłużony okres związania ofertą;
- 3) art. 85 ust. 4, poprzez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, iż wskazana w przywołanym przepisie „jednoczesność” oznacza konieczność dokonania wskazanych w nim czynności łącznie, tj. w jednej chwili;
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 5, poprzez odrzucenie oferty ZBD, pomimo że ZBD nie była wykonawcą podlegającym wykluczeniu z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Podnosząc powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert.

Odwołujący został wykluczony z postępowania, gdyż Zamawiający uznał, że wykonawca ten wraz z przedłużeniem okresu związania ofertą nie przedłużył w warunkach określonych przepisem art. 85 ust.4 ustawy Pzp ważności zabezpieczenia wadialnego.

W uzasadnieniu zarzutu w tym zakresie Odwołujący podniósł, że ZBD złożyła w ramach Postępowania swoją ofertę. Termin związania przedmiotową ofertą upływał dnia 18 stycznia 2015r. (tj. w niedzielę). Jednocześnie, ZBD złożyła wadium (w postaci ubezpieczeniowej gwarancji zapłaty wadium nr 02GG05/0171/14/0001 wystawionej przez InterRisk Towarzystwo Ubezpieczeń S.A.) ważne do dnia 19 stycznia 2015r.

W dniu 08 stycznia 2015r. Zamawiający wezwał wykonawców do przedłużenia terminu związania ofertą na kolejny okres 60 dni oraz do przedłużenia okresu ważności wadium albo złożenia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą. W swym piśmie Zamawiający nie wskazał jakiegokolwiek terminu, w którym będzie oczekiwał na złożenie żądanych przez siebie dokumentów. Wezwanie to ZBD otrzymała w dniu 09 stycznia 2015r.

W dniu 16 stycznia 2015r. ZBD złożyła oświadczenie o wyrażeniu zgody na przedłużenie

terminu związania ofertą o 60 dni. ZBD nie złożyła równocześnie dokumentu o przedłużeniu okresu zabezpieczenia wadium z tego względu, iż jego oryginał znajdował się wówczas u agenta ubezpieczeniowego w Krakowie, a wiozącemu go kierowcy nie udało się dowieźć go do Nowego Sącza do siedziby Zamawiającego przed godziną jej zamknięcia. Wszelako, jeszcze w dniu 16 stycznia 2015r. przedstawiciel ZBD osobiście poinformowała Zamawiającego o tym fakcie wskazując, iż dostarczy rzeczony dokument w dniu następnym. Niestety, 16 stycznia 2015r. był to piątek, wobec czego następnym dniem roboczym u Zamawiającego był dopiero poniedziałek, 19 stycznia 2015r., kiedy to niezwłocznie z samego rana ZBD dostarczyła do siedziby Zamawiającego - zgodnie z przekazaną mu w dniu 16 stycznia 2015r. informacją - dokument aneksu do gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium, z mocy którego okres zabezpieczenia kwoty wadium został przedłużony do dnia 20 marca 2015r.

Podkreślił, że w takim stanie faktycznym Zamawiający niesłusznie uznał, iż wobec braku złożenia oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz dokumentu potwierdzającego przedłużenie okresu zabezpieczenia wadium jednocześnie, doszło do niezłożenia przez ZBD wadium na przedłużony okres związania ofertą. Odnosząc się do przesłanki z art. 85 ust 4 Pzp dotyczącej „jednoczesności” przedłużenia terminu stwierdził, że okres związania ofertą i przedłużenie okresu ważności wadium nie powinno traktowane literalnie - co skutkowałoby, dokładnie jak uczynił to Zamawiający - wykluczeniem ofert wykonawców którzy „na raz” nie dokonali obu wymienionych czynności - lecz funkcjonalnie, a więc z uwzględnieniem celu jaką w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pełnić winno wadium.

Zdaniem Odwołującego „jednoczesność” w rozumieniu przepisu art. 85 ust 4 Pzp nie oznacza nakazu zachowania czasowej tożsamości dokonania obu wzmiankowanych czynności, lecz wymóg zagwarantowania przystawalności okresu związania ofertą do okresu ważności zabezpieczenia wadium.

Odnosząc się do stanowiska Zamawiającego jakoby takie podejście do kwestii jednoczesności złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą, jak i przedłużenia okresu ważności wadium było potwierdzone orzecznictwem Krajowej Izby odwoławczej, stwierdził, że cytowane przez Zamawiającego wyroki KIO zostały wydane w innym stanie faktycznym i nie mogą być wprost odnoszone do stanu faktycznego tego postępowania. Jednocześnie wskazał na szereg innych wyroków KIO gdzie Izba uznała, że wykluczenie wykonawcy z powodu jak w tym postępowaniu jest niczym nie uzasadnione.

Zamawiający w odpowiedzi na zarzuty odwołania stwierdził iż podniesione zarzuty są niezasadne, gdyż wykluczenie Odwołującego ma oparcie w treści przepisów ustawy Pzp. Stwierdził, że zabezpieczenie wadium oferty w momencie składania oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą nie zabezpieczało w całości nowego terminu

związania ofertą, dlatego też nie może być uznane przez Zamawiającego za skuteczne.

Zgodnie z art. 85 ust. 4 zd.I ustawy P.z.p. przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium albo, jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą, Podał, że wykonawca składając ofertę w postępowaniu, powinien złożyć Zamawiającemu zabezpieczenie wadium tej oferty, obejmujące pełny okres związania ofertą, od dnia upływu terminu składania ofert (włącznie) do ostatniego dnia terminu związania ofertą, przyjętego dla danego zamówienia ze względu na jego wartość. Podobna sytuacja zachodzi również wtedy, gdy w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający zwraca się do wykonawców o przedłużenie terminu związania ofertą o maksymalny okres 60 dni. W takiej sytuacji wykonawca, składając oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, przedłuża także ważność wadium albo wnosi nowe wadium na pełny, przedłużony okres nowego terminu związania ofertą.

Podkreślił, że przepisy ustawy Pzp w związku z nierozzerwalnością wskazanych instytucji, służących zabezpieczeniu oferty i jej ważności, przewidują dla wykonawcy obowiązek „jednoczesnego „ przedłużenia ważności wadium, które powinno być dokonane łącznie z czynnością złożenia przez wykonawcę oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą. Nie sposób rozumieć inaczej przyjętego przez ustawodawcę określenia „jednoczesności, tym bardziej że ze względu na stanowczość brzmienia wskazanego przepisu art. 85 ust. 4 ustawy Pzp - „przedłużenie terminu związania ofertą jest dopuszczalne tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium. Stwierdził także iż niewykluczenie wykonawcy w tym zakresie naruszałoby zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców. Ewentualne inne działanie prowadziłoby do nadużyć i manipulowania wynikami postępowania, jednakże nie podał na czym te nadużycia miałyby polegać.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołania na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania oraz stanowiska stron postępowania i uczestników, zaprezentowane na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.

Odwołanie o sygn. akt KIO 213/15 i 215/15 zasługują na uwzględnienie, gdyż poniesione zarzuty potwierdziły się. Natomiast zarzuty odwołania o sygn. akt KIO 214/15 nie znalazły potwierdzenia i odwołanie zostaje 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.

Następnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołania w dostateczny sposób wykazali interes w złożeniu środka ochrony prawnej – odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp gdyż uwzględnienie odwołania dawałoby temu wykonawcy szansę na uzyskanie zamówienia.

Stan faktyczny wynikający z odwołań jest zdaniem Izby w zasadzie niesporny pomiędzy stronami. Spór występuje nie co do ustaleń stanu faktycznego, lecz prawnego jego zinterpretowania przez Zamawiającego. Dlatego też Izba uznaje za zbędne ponowne powielanie ww. stanu faktycznego, przy ocenie podniesionych w odwołaniach zarzutów. Jednak że dodatkowo w tej części uzasadnienia zaprezentowane zostaną stanowiska Odwołujących podane na rozprawie, oraz stanowisko Zamawiającego nie ujęte w treści odpowiedzi na odwołania.

Zaznaczenia również wymaga fakt, że pomimo rozczłonkowania podstawy prawnej wykluczenia wykonawców z postępowania na odrębne zarzuty, to faktycznie w każdym z odwołań został podniesiony jeden zarzut, którym Odwołujący kwestionują czynność Zamawiającego o wykluczeniu ich z postępowania i w konsekwencji unieważnienia postępowania.

W zakresie odwołanie o sygn. KIO 213/15

Izba stwierdziła zasadność podniesionego zarzutu dotyczącego niezasadnego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania.

Osią sporu w przedmiotowym odwołaniu jest przede wszystkim kwestia, czy wykonawca który przesłał w wyniku wezwania Zamawiającego do uzupełnienia dokumentów ofertowych, również inne dokumenty niż te co do których był wzywany, wyczerpuje tym samym możliwość ponownego wezwania go przez Zamawiającego do usunięcia braków w ofercie w trybie art. 26 ust.3 Pzp i to nie tylko tych dokumentów przesłanych, ale także i innych, które nie wchodziły w zakres wezwania.

Zgodnie z art 26 ust. 3 ustawy Pzp: *Zamawiający **wzywa wykonawców**, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, (...).* Celem tego przepisu, dodanego przez art. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, było złagodzenie formalizmu postępowań o udzielenie zamówienia publicznego poprzez zapobieżenie nadmiernemu wykluczaniu wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie zdołali potwierdzić spełniania warunków wymaganych od

wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wykładnia celowościowa normy prawnej wyrażonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przemawia za tym, aby hipotezą tej normy prawnej objąć każdą sytuację, która powoduje, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - niezależnie od źródła i przyczyn niewykazania spełnienia warunków.

Zauważyć należy także, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp formułuje po stronie Zamawiającego bezwzględny, obligatoryjny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, niezależnie od trybu w jakim toczy się postępowanie oraz od szans wykonawcy na uzyskanie zamówienia, a wyjątkiem jest jedynie sytuacja, w której mimo uzupełnienia dokumentów istniałby obowiązek odrzucenia oferty lub unieważnienia postępowania. Poza sporem w orzecznictwie jest także fakt, że Zamawiający, wzywając do uzupełnienia dokumentów, powinien jednocześnie wskazać, jakie widzi w nich braki i w jakim zakresie winny być uzupełnione. W wyroku KIO z dnia 19 maja 2014 r. (KIO 846/14) Izba uznała, że *„Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby, wezwanie kierowane do wykonawcy w tym trybie powinno obejmować precyzyjne i jednoznaczne wskazanie, jakie elementy warunku udziału w postępowaniu nie zostały wykazane i dlaczego. W ocenie Izby, z obowiązku wezwania, o którym mowa w art. 26 ust. 3 p.z.p., nie zwalnia zamawiającego fakt, iż odwołujący samodzielnie uzupełnił dokumenty (...). W świetle ww. przepisu jedynymi okolicznościami, które uprawniają zamawiającego do rezygnacji z obowiązku wezwania jest konieczność unieważnienia postępowania lub konieczność odrzucenia oferty odwołującego.*

Wezwanie do uzupełnienia dokumentów może mieć miejsce tylko jeden raz (choć wprost nie wynika to z treści art. 26 ust.3 Pzp) w odniesieniu do tego samego dokumentu. Ponowione wezwanie do uzupełnienia dokumentów- w przypadku nieprecyzyjnego lub nieprawidłowego pierwszego wezwania nie stanowi wezwania drugiego, lecz nadal jest pierwsze, gdyż tylko takie wezwanie odzwierciedla prawidłowe zastosowanie się Zamawiającego do obowiązku wynikającego z art. 26 ust. 3 Pzp.

Dokonanie wezwania w sposób ogólny, bez wskazania konkretnych problemów występujących w ocenie Zamawiającego, nie może pociągać za sobą negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, co potwierdza orzecznictwo, np: wyrok KIO z dnia 16 stycznia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08, wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11, wyrok KIO z dnia 14 lipca 2010 r., sygn. akt: KIO 1359/10; wyrok KIO z dnia 19 października 2011 r., sygn. akt: KIO 2148/11; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1582/10; wyrok KIO z dnia 10 sierpnia 2010 r., sygn. akt: KIO 1582/10.

Nakaz dla Zamawiającego z art. 26 ust 3 Pzp, przy ścisłej jego interpretacji wskazuje, że samodzielne uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę co do zasady należy uznać za niedopuszczalne i prawnie nieskuteczne. Ten obowiązek Zamawiającego co do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i posiadane w tym zakresie uprawnienie

wynika z faktu, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania on dokonuje oceny złożonych ofert i on decyduje które z złożonych dokumentów są prawidłowe, a które wymagają uzupełnienia bądź wyjaśnienia. W wyroku z 27 października 2011 r. (KIO 2209/11) Izba stwierdziła, że *inicjatywa w materii uzupełniania dokumentów znajduje się całkowicie w rękach zamawiającego z art. 26 ust. 3 Pzp wynika, że uzupełnienie dokumentów i oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 p.z.p. może nastąpić wyłącznie na wezwanie zamawiającego w terminie przez niego wyznaczonym*. Podobne stanowisko zajęła Izba w wyroku o sygn. KIO 510/11 z dnia 25 marca 2011 r. gdzie stwierdziła, że *braki dokumentów i oświadczeń dotyczących potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do zasady podlegają uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Ponieważ wykonawca formalnie nie był wzywany do uzupełnienia dokumentów, lecz przedłożył je samodzielnie, zatem nie została wyczerpana procedura określona w tym przepisie*.

Jednakże, każdy przekazany Zamawiającemu przez wykonawcę dokument, poza lub ponad wezwanie należy oceniać indywidualnie, biorąc pod uwagę zarówno zakres wezwania lub jego brak, zakres przesłanych dokumentów oraz fakt, czy w sytuacji ponownego wezwania wykonawca będzie miał możliwość ponownego przesłania dokumentu w żądanej formie. Mogą zdarzyć się sytuacje, kiedy Zamawiający będzie zobowiązany przyjąć ze skutkiem prawnym przesłany mu bez wezwania dokument, gdyż może zaistnieć sytuacja, że wykonawca takiego drugiego dokumentu ponownie nie będzie mógł przesłać, np. może to dotyczyć dokumentów składanych w formie pisemnej, a nie kopii. Tym samym Izba w tym składzie orzekającym stoi na stanowisku, że dokumenty lub oświadczenia o których mowa w art. 25 ust.1 Pzp winny być uzupełniane tylko po uprzednim wezwaniu przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust.3 Pzp. Natomiast przesłane ewentualnie Zamawiającemu przez wykonawcę bez wezwania dokumenty winny być ocenione przez pryzmat zasady z art. 26 ust.3 Pzp, treści samego wezwania, a także ww uwarunkowań. Jednakże niezależnie od sytuacji i kontekstu przesłanych dokumentów nie do pogodzenia z zasadą wzywania wykonawców w trybie art. 26 ust.3 Pzp jest sytuacja, kiedy wykonawca przesyła (być może i omyłkowo) tylko jeden lub jakąś część dokumentów o które w normalnym trybie byłby wzywany, a Zamawiający uznaje, że takim przekazaniem wykonawca wyczerpał w całości prawo do wezwania i możliwości naprawienia złożonej oferty.

Niewątpliwym jest, że kwestia skutków samodzielnego uzupełnienia dokumentów oferty jest różnie postrzegana w orzecznictwie. Jednakże cały szereg wyroków Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje przede wszystkim na niedopuszczalność bezrefleksyjnego wykluczenia wykonawcy z postępowania, w razie przesłania zamawiającemu samodzielnie przez wykonawcę dokumentów

spowodowanych z jednej strony, niepełnym i nieprecyzyjnym wezwaniem, a z drugiej nieudolnym przewidywaniem przez wykonawcę, jakie dokumenty poza wymienionymi w wezwaniu będą jeszcze niezbędne Zamawiającemu, dla pozytywnej weryfikacji jego oferty.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowego odwołania wskazać należy, że Odwołujący w poz.1 załącznika nr 5 do oferty wskazał już w ofercie roboty co do których Zamawiający uznał, że spełniają postawione w SIWZ wymagania. Przedmiotem pytania Zamawiającego w trybie art. 26 ust.4 Pzp(pismo z dnia 22.12.2014) oraz wezwania w trybie art. 26 ust.3 z dnia 31.12.2014 roku była tylko kwestia ilości wylanego asfaltu, cyt. *„W Państwa piśmie złożonym w dniu 23.12.2014 r., znak PRDM S.A.6/195/2014 podano ilość asfaltu lanego wyrażoną w Mg w wykonanym zakresie prac na terenie Dzielnicy I i V w wysokości 1000 t, natomiast w wykazie robót (załącznik nr 5 do oferty) w poz.1 podano ilość remontów nawierzchni asfaltem lanym w wysokości 1600. Prosimy o wyjaśnienie tej rozbieżności oraz o dołączenie dokumentów potwierdzających wymaganą siwz ilość remontów asfaltem lanym wyrażoną w Mg.* Natomiast w ww. pismach brak było jakiegokolwiek wzmianki o braku poświadczenia należytego wykonania umowy za okres od 01.01.2014 do 31.03.2014 pomimo tego, że kolumna 2 poz. 1 wykazu robót stanowiący załącznik na 5 uległa zmianie.

Zamawiający podstawą wykluczenia odwołującego z postępowania uczynił art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w gdyż brak było złożenia referencji potwierdzającej należyte wykonanie umowy za okres od 01.01.2014 – 31.03.2014 roku. Zwrócić uwagę należy także na fakt, że Odwołujący prezentował stanowisko, iż wystarczającym dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu był okres od 01.01.2013 – 31.12.2013 roku gdyż ilość i wartość remontów nawierzchni dróg asfaltem lanym, była wystarczająca dla spełnienia warunku w zakresie podanym w pkt VII.5a SIWZ.

Izba nie uznaje za dopuszczalne wykazywanie wiedzy i doświadczenia wykonawcy dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu tylko w oparciu o roboty wykonane w ramach części umowy. Podstawą do wykazania się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem jest całość umowy, gdyż umowa określa całość obowiązków wykonawcy wobec Zamawiającego i nie skupia się tylko na samych robotach budowlanych, ale obejmuje także cały szereg innych obowiązków organizacyjno- technicznych wykonawcy, jak chociażby zabezpieczenie placu budowy, prowadzenie dokumentacji budowy, itd. Wywiązanie się wykonawcy z realizacji tych wszystkich postanowień umownych liczonych od daty jej zawarcia do daty odbioru wykonanych robót, świadczy o prawidłowości jej wykonania.

Odnosząc się do kwestii braku wezwania wykonawcy do złożenia referencji potwierdzającej należyte wykonanie umowy za okres od 01.01.2014 – 31.03.2014 roku, Izba stwierdza, że Zamawiający bezzasadnie poniechał temu obowiązkowi. Żadne wezwanie Zamawiającego skierowane do Odwołującego, ani żaden dokument przesłany przez Odwołującego w ramach tzw. samo uzupełnienia oferty nie obejmował tego okresu, co potwierdza w odpowiedzi na odwołanie sam Zamawiający. Wynikało to faktu, że Odwołujący stał na stanowisku, że wystarczającym dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest zakres prac wykonanych 2013 roku. Tym samym nie ma tutaj sytuacji iż wezwanie w tym zakresie byłoby drugim wezwaniem co do danego dokumentu, gdyż po pierwsze, Zamawiający takiego wezwania do Odwołującego nie skierował, a po drugie, Odwołujący jakiegokolwiek dokumentu w tym zakresie Zamawiającemu nie złożył.

Podkreślenia wymaga, że jeśli ze złożonych w wyniku samodzielnego uzupełnienia dokumentów wynika, że wykonawca nie przesłał dokumentu o który winien być wezwany, to Zamawiający w myśl zasad wzywania z art. 26 ust.3 Pzp jest zobligowany takie wezwanie do wykonawcy wystosować. Zamawiający nie może „czyhać” na błąd wykonawcy polegający na przesyłaniu jakiegoś dokumentu bez wyraźnego wezwania Zamawiającego i uznawać, że jeśli jakieś dokumenty zostały przesłane to wyczerpuje to w całości obowiązek Zamawiającego do wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.. Postulowany przez Zamawiającego na rozprawie, a wywodzony z profesjonalizmu charakterystycznego dla postępowań o zamówienia publiczne oczekiwanie, że wykonawca odczyta z samego faktu wezwania zakres koniecznego uzupełnienia, oznaczałoby nie akceptowalny poziom domyślności wykonawcy. Tymczasem wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy nie stanowi sygnalizacji przez Zamawiającego, że złożone z ofertą dokumenty zawierają jakieś braki, ale wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust 3, wymaga elementarnej precyzji, w szczególności poprzez wskazanie związku braków czy błędów w dokumentach oferty z treścią wymagań SIWZ..

Powyższa interpretacja samodzielnego przesłania Zamawiającemu przez Odwołującego części dokumentów miała również wpływ na brak wezwania Odwołującego w trybie art. 26 ust 4, w zakresie poz 2 i 3 wykazu robót i braku oceny tych robót dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Wystawione zobowiązanie jest obarczone błędem poprzez nie podanie nazwy podmiotu udostępniającego zasoby. Izba nie ocenia prawidłowości tego udostępnienia, gdyż nie było to treścią odwołania. Jednakże za Odwołującym zwrócenia uwagi wymaga fakt, że przedmiotowe zobowiązanie jest podpisane przez Prezesa i członka zarządu oraz ostemplowane ich imienną pieczęcią. W treści oferty znajdowały się również inne dokumenty podpisane przez te same osoby, tj. prawidłowe udostępnienie potencjału technicznego Odwołującemu oraz referencje. W tej sytuacji nie było podstaw do tego aby Zamawiający poniechał potrzeby wyjaśnienia tej niezgodności w

trybie art. 26 ust.4 Pzp. Zamawiający ma nie tylko prawo, ale obowiązek, nawet wielokrotnie wzywać wykonawcę do wyjaśnienia wątpliwości Zamawiającego co do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Podkreślenia wymaga, że art. 26 ust. 4 ustawy nie daje Zamawiającemu swobody przy ocenie czy ma on wzywać wykonawcę czy też nie, ale stanowi oblig wezwania w sytuacji, gdy Zamawiający ma wątpliwości związane ze złożonymi przez wykonawców dokumentami lub oświadczeniami. W przedmiotowej sprawie Zamawiający przyznał, że miał takie wątpliwości co do treści zobowiązania do udostępnienia zasobów, ale uznał, że nie może wzywać Odwołującego, gdyż stało temu na przeszkodzie samodzielne uzupełnienie dokumentów przez Odwołującego.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła przedmiotowe odwołanie. Po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania oraz wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający winien wezwać Odwołującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp do złożenia potwierdzenia należytego wykonania ww. umowy za okres od 01.01.2014 – 31.03.2014 roku, a także wezwać do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust.4 Pzp co do treści udostępnienia zasobów w zakresie nazwy podmiotu udostępniającego, podpisanych przez osoby o nazwisku Sater i następnie dokonać ponownego badania i oceny oferty Odwołującego.

Odwołanie o sygn. akt KIO 214/15

Zamawiający wykluczył z postępowania Konsorcjum, gdyż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W zakresie stanu faktycznego sprawy Izba ustaliła, że Odwołujący dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia wykazał się realizacją zadań z pięciu umów jakie realizował na rzecz Zarządu Infrastruktury Komunalnej i Transportu (ZIKiT) w Krakowie. Były to umowy o nr 53a i 146; 279/1, 461 oraz 609. Poza sporem pomiędzy stronami jest fakt, że w ramach realizacji umów 53a i 146 Zamawiający w stosunku do 10 zleceń naliczył Odwołującemu kary umowne za nieterminowe, bądź usterkowe wykonanie robót. Odwołujący dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zleceń wykonanych w ramach umów o nr 53a i 146 przedstawił tylko te zlecenia częściowe w ramach umowy, które zostały wykonane w sposób prawidłowy – nie zostały naliczone kary. Tym samym uważał, że w sytuacji kiedy przedstawił tylko te roboty co do których nie było uwag Zamawiającego to nie złożył nieprawdziwych informacji. A także wykazał w tej sytuacji spełnienie postawionego warunku zarówno co do ilości wylanego asfaltu jak i wartości wykonanych robót. Ponadto uważał, że w związku z tym, że Lider Konsorcjum przed otrzymaniem od Zamawiającego zawiadomienia o wykluczeniu nie miał

żadnej wiedzy o naliczonych Partnerowi Konsorcjum karach umownych w realizowanych przez niego zadaniu na rzecz ZIKiT i tym samym nie można mówić o podaniu nieprawdziwych informacji w stosunku do całego Konsorcjum..

Niespornie o fakcie naliczania wykonawcy kar umownych świadczy treść pisma ZIKiT z dnia 23 stycznia 2015 roku skierowanego do Zamawiającego- w odpowiedzi na jego wniosek. Ponadto z treści tego pisma Zamawiający dowiedział się, że złożone przez Odwołującego oświadczenie o należyтым wykonaniu umów nie było oświadczeniem Zamawiającego (ZIKiT) lecz oświadczeniem własnym Konsorcjum.

Odnosząc się do tej sytuacji Zamawiający stwierdził, że gdyby nie przedmiotowe pismo ZIKiT to w związku z wykluczeniem wykonawcy PRD-M /KIO 213/15/, którego oferta była najtańsza, to oferta Odwołującego byłaby wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym podanie nieprawdziwych informacji mogło mieć wpływ na wynik tego postępowania. Zamawiający nie wzywał Odwołującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp gdyż uznał, że w związku ze złożeniem nieprawdziwych informacji takie wezwanie jest niezasadne, gdyż nie można zastąpić informacji nieprawdziwej, gdyż byłaby to nagroda dla wykonawcy, który dla uzyskania zamówienia posunął się do wprowadzenia w błąd Zamawiającego.

Zdaniem Izby w tak ustalonym stanie faktycznym nie budzi wątpliwości fakt, że wykonawca niesłusznie przyjmował iż może w miejsce całej umowy wykazywać dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu tylko te zlecenia które zostały wykonane prawidłowo. Niewątpliwym jest, że te wszystkie zlecenia częściowe, niezależnie od stanu i autonomiczności pomiędzy sobą, były zawsze wykonywane w ramach konkretnej umowy. Tym samym dla spełnienia warunku określonego w pkt 5 rozdziału VII SIWZ winna być brana tylko prawidłowo wykonana umowa jako całość, a nie poszczególne zadania w jej ramach wykonywane.

Z postępowania Odwołującego zasadnym jest wywiedzenie wniosku, że zdawał on sobie sprawę z niemożności posługiwania się umowami o nr 53A i 146, o czym świadczy chociażby złożenie w miejsce uzyskanych referencji od ZIKiT, własnego oświadczenia w miejsce tych referencji. Niewątpliwym jest, że od lutego 2014r. członek Konsorcjum był w posiadaniu dokumentu „poświadczenia„, znak; ZIKiT /S/123641/13/NO/5296/ , gdzie ZIKiT w wskazał/ potwierdził fakt, iż dla tych wskazanych w ofercie Konsorcjum robót naliczył kary umowne za nieterminowe wykonanie prac oraz za nieterminowe usunięcie usterek.

Tym samym Odwołujący w sposób zawiniony i celowy ukrył pewne informacje dotyczące wykazanych wykonanych robót, a to było namierzone na uzyskanie zamówienia. Nawet gdyby działanie Odwołującego oceniać jako niedbalstwo to i tak winien podlegać wykluczeniu z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp. Zauważyć należy, że o ile nie budzi wątpliwości, że wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, interpretowanego z uwzględnieniem treści art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy klasycznej, wymaga

przypisania winy wykonawcy, o tyle wskazany przepis dyrektywy klasycznej nie zawęży postaci tej winy wyłącznie do winy umyślnej (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). To według Izby nie daje podstawy, aby wyłączać spod zakresu zastosowania wykluczenia wykonawców w trybie art. 24 ust.2 pkt 3 Pzp, przypadków poważnego wprowadzenia w błąd Zamawiającego złożonymi przez wykonawców informacjami np. w wyniku niedbalstwa.

W tym zakresie Izba wzięła pod uwagę stanowisko jakie zajął Sąd Unii Europejskiej w wyroku z 26 września 2014 r. w połączonych sprawach T-91/12 i T-280/12 (Flying Holding NV z siedzibą w Wilrijk, Flying Group Lux SA z siedzibą w Luksemburgu, Flying Service NV z siedzibą w Deurne przeciwko Komisji Europejskiej. Komisja Europejska w prowadzonym na postawie rozporządzenia Rady (WE, Euratom) nr 1605/2002 z dnia 25 czerwca 2002 r. w sprawie rozporządzenia finansowego mającego zastosowanie do budżetu ogólnego Wspólnot Europejskich (Dz. U. L 248, s. 1; z późn. zm) wykluczyła tych wykonawców na podstawie 94 lit. b tego rozporządzenia. Przepis ten stanowi, że nie udziela się zamówienia kandydatom, którzy w związku z procedurą udzielania zamówień są winni złożenia nieprawdziwych oświadczeń przy dostarczaniu informacji wymaganych przez instytucję zamawiającą w celu dopuszczenia do udziału w procedurze udzielania zamówień lub nie dostarczyli tych informacji

Sąd w ww. wyroku stwierdził, że „nieprawdziwe oświadczenia” odnosi się zarówno do oświadczeń umyślnie wprowadzających w błąd jak i tych, które są błędne w wyniku niedbalstwa i po ustaleniu nieprawdziwego charakteru oświadczeń nie ma potrzeby przeprowadzania analizy uzasadnienia tej nieprawdziwości. (...) Wobec złożenia nieprawdziwych oświadczeń, niezależnie od tego, czy doszło do tego w sposób umyślny czy też wskutek niedbalstwa skarżących, Komisja nie miała innego wyboru niż zastosowanie art. 94 lit. b) rozporządzenia finansowego...(patrz. Pkt 74, 75 i 119 ww. wyroku}.

Podsumowując powyższe rozważania i ustalenia stwierdzić należy na podstawie okoliczności stanu faktycznego wynikającego z akt postępowania i z ustaleń poczynionych na rozprawie iż Odwołujący w sposób celowy i zamierzony utajnił, przed Zamawiającym fakt posiadania referencji od ZIKiT z których wynikało niewłaściwe wykonanie umowy. Aby spełnić warunek udziału w miejsce referencji otrzymanych od ZIKiT przedłożył Zamawiającemu samodzielne Oświadczenie o prawidłowym ich wykonaniu, a w konsekwencji wykazał się realizacją umów nieprawidłowo wykonanych, co do których zostały naliczone kary umowne. Co prawda Odwołujący wyłączył z wykazu zrealizowanych usług te roboty co do których zostały naliczone kary umowne, ale dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu istotne jest wykazanie prawidłowości wykonania umowy jako całości, a nie poszczególnych jej elementów, czy zadań objętych odrębnym zleceniem, ale wykonywanym w ramach tejże umowy.

W zakresie wpływu lub możliwości wpływu na wynik postępowania stwierdzić należy iż kwestię tą należy każdorazowo odnieść do konkretnego stanu faktycznego. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia w tym przedmiocie wywodzi skutek prawny, domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania. Na etapie badania ofert przy wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp obowiązek udowodnienia, że wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania ciąży na zamawiającym (w postępowaniu odwoławczym obowiązek wykazania, że informacja złożona przez odwołującego nie miała wpływu na wynik postępowania ciąży na odwołującym). W tym postępowaniu oceniając złożone informację przez Odwołującego należał stwierdzić, że gdyby nie informacje które Zamawiający uzyskał od ZIKiT – co wskazano powyżej, to oferta Odwołującego mogła być uznana za najkorzystniejszą, a tym samym ewentualny wpływ nieprawdziwych informacji na wynik postępowania należy uznać za istotny.

Izba nie uwzględniła wniosku z odwołania o przesłuchanie w charakterze świadka A. S., gdyż dla wydania orzeczenia w ustalonym stanie faktycznym brak było takiej potrzeby, a ponadto A. S. był pełnomocnikiem Odwołującego na rozprawie i wypowiadał się we wszystkich kwestiach w których chciał zaprezentować swoje stanowisko.

Dlatego też poniesione zarzuty w odwołaniu nie znalazły potwierdzenia i odwołanie zostało oddalone przez Izbę. Izba zasądziła koszty postępowania stosownie do wyniku postępowania i wniosku strony wygrywającej- Zamawiającego.

Odwołanie o sygn. akt KIO 215/15

Jako podstawę wykluczenia z postępowania Odwołującego ZBD sp. z o.o. i S.K. z postępowania Zamawiający w informacji o jego wykluczeniu podał, że *„W dniu 08.01.2015 r. Zamawiający w piśmie znak: DTP.ES-271 -02/15, na podstawie art. 85 ust. 2 ustawy Pzp, zwrócił się do tego Wykonawcy o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o 60 dni. Zamawiający poinformował, że w przypadku zgody na przedłużenie terminu związania ofertą wykonawca, zgodnie z art. 85 ust. 4 ustawy Pzp, zobowiązany jest do przedłużenia okresu ważności wadium albo wniesienia nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.*

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Wykonawca ten, pismem z dnia 16.01.2015r. (doręczonym Zamawiającemu w tym dniu /piątek/) oświadczył, że „wyraża zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o przedłużony okres 60 dni, ale dopiero w dniu 19.01.2015r./ poniedziałek/ złożył nam aneks Nr 02GG05/0172/14/0001/A01 z dnia

09.01,2015r. do gwarancji wadialnej - przedłużając termin ważności gwarancji wadialnej do dnia 20.03.2015 r. Wskazać należy, iż stosownie do przepisu art. 85 ust.4.ustawy Ppz „przedłużenie terminu związania oferty jest dopuszczalne z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium...”, co w tym stanie sprawy nie wystąpiło..

W opisanym powyżej stanie faktycznym tj. braku elementu „ jednoczesności”, zaistniały przesłanki uzasadniające wykluczenie tego Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 w związku z art 85 ust.4 ustawy Pzp.”

W przedmiotowej sprawie w trakcie rozprawy ustalono, że stan faktyczny podany w odwołaniu jest niesporny pomiędzy stronami. Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący w dniu 16 stycznia 2015 roku złożył oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, a dopiero w dniu 19 lutego złożył Zamawiającemu Aneks do gwarancji wadialnej, przedłużającej wadium na dodatkowy termin związani ofertą. Ponadto jak podał Odwołujący, Prezes Odwołującego telefonicznie poinformował kierownika Zamawiającego o fakcie przedłużenia wadium, lecz aneks zostanie dostarczony po przywiezieniu go przez kierowcę Odwołującego z Krakowa.

Podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania był brak niejednoczesnego złożenia oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą oraz przedłużenia ważności wadium.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, gdyż uważał, że zgodnie z treścią art. 85 ust.4 Pzp, zarówno czynność – złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz przedłużenie terminu wadium na przedłużony okres związania, winno nastąpić w tej samej chwili – jednocześnie. Zauważyć należy, że zastosowana przez Zamawiającego metoda wykładni gramatycznej nie jest jedyną metodą ustalania znaczenia norm prawnych, choć zasadniczą. Odstępstwo od tej metody wykładni może mieć miejsce gdy m. in. jej rezultat doprowadzi do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowalnych wartości należy uznać za niesprawiedliwe lub niezgodne z celem wprowadzenia tego przepisu.

Izba stwierdza ponadto, że taka argumentacja i zajęte stanowisko nie ma uzasadnienia w znaczeniu zwrotu „jednocześnie” jak i celu przedmiotowego uregulowania. Zamawiający, w sposób indywidualny nadał znaczenie treści art. 85 ust 4 dotyczącego „dopuszczalności przedłużenia terminu związani a ofertą tylko z jednoczesnym przedłużeniem okresu ważności wadium”. Według Zamawiającego zwrot „jednocześnie” należy interpretować, jako obowiązek wykonawcy przekazania w tej samej chwili oświadczenia o przedłużeniu okresu związania ofertą i przedłużenia okresu ważności wadium. Takie podejście Zamawiającego Izba uznaje za nadinterpretację znaczenia zwrotu ”jednocześnie”. Należy zwrócić uwagę na fakt, że zgodnie z internetowym Słownikiem Języka Polskiego PWN zwrot „jednocześnie” ma dwa znaczenia- znaczy tyle co „ w tym

„samym czasie” , a także „również” . Jako przykład wskazano, że popularny zwrot „jednocześnie czytam kilka książek” , nie oznacza, że czytający trzyma w ręce kilka książek, czytając je równocześnie, lecz oznacza, że czyta je naprzemiennie w określonym okresie czasu.

Dlatego też dla czasokresu, kiedy winno nastąpić złożenie oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i ważności wadium należy zaliczać okres od daty wezwania wykonawcy przez Zamawiającego, do czasu upływu terminu- obowiązywania ważności złożonych wraz z ofertą oświadczenia o pozostawaniu związanym ofertą oraz upływu wskazanego w ofercie ważności wadium.

Celem uregulowań zasad wnoszenia i przedłużania okresu wadium- pomijając rozważania co do jego celu w postępowaniu, jest to, aby ocena złożonych ofert odbywała się w czasie kiedy posiadają one zabezpieczenie wadium. Czynność przedłużenia ważności wadium i czynność przedłużenia terminu związania ofertą są odrębnymi instytucjami.

Zwrócenia uwagi wymaga również fakt, że zgodnie z treścią art. 22 ust 2 pkt 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium na przedłużony okres związania ofertą. Tak więc prawidłowość wniesienia tego wadium jest warunkowana potrzebą przedłużenia okresu istniejącego wadium oraz faktem, że przedłużenie nie może dotyczyć krótszego okresu niż przedłużony termin związania ofertą. Oczywiście zgodnie z art. 85 ust.4 może również być wniesione wadium w nowej formie. O przedłużeniu czy to terminu związania ofertą czy też ważności wadium możemy mówić tylko wtedy gdy następuje ono w okresie obowiązywania poprzedniego związania ofertą czy ważności wadium. Natomiast, gdy nastąpiłaby przerwa w okresie związania ofertą czy ważności wadium, to brak byłoby możliwości ich przedłużenia, a co najwyżej można by mówić o próbie wznowienia tych instytucji. Tak więc celem tego przepisu jest wyłącznie wprowadzenie obowiązku złożenia nowego wadium na nowy okres związania ofertą, w okresie ważności wadium złożonego wraz z ofertą. Wystarczające więc będzie, jeśli obie te czynności zostaną dokonane w dowolnej kolejności byleby nastąpiły w okresie poprzedniej ważności okresu związania oferta oraz ważności wadium. Powyższe stanowisko potwierdza wyrok KIO z dnia 24.01.2008 roku sygnatura akt: KIO/UZP/108/07, w którym czytamy, iż *„Wystarczające jest złożenie stosownego dokumentu, nie później niż w ostatnim dniu terminu ważności będącego w posiadaniu zamawiającego zabezpieczenia wadium”*.

Obie te czynności mogą być dokonane w dowolnej kolejności, byleby nastąpiło to przed upływem okresów ich ważności. Podobnie również wyrok KIO z dnia 24.08.2012 roku sygn. akt KIO 1659 i następ/12.

Oceniając postępowanie Odwołującego w tym postępowaniu stwierdzić należy, że termin ważności wadium kończył się w dniu 19 stycznia 2015 roku i w tym też dniu Odwołujący złożył Zamawiającemu aneks przedłużający okres ważności wadium na

przedłużony okres związania ofertą.. Dlatego też wykluczenie Odwołującego z postępowania było niezasadne.

Zauważyć należy, że Odwołujący wywodził także skutek prawny z telefonicznego poinformowania Zamawiającego o przedłużeniu okresu ważności wadium. Z obowiązującej w postępowaniu zasadą pisemności (art 9 ust.1 Pzp) oraz dopuszczonych przez ustawę w art. 27 (do określenia przez Zamawiającego w SIWZ) form porozumiewania się stron, stwierdzić należy, że tzw. "tryb ustny" jako środek składania oświadczeń, nie wywołuje oczekiwanych przez stronę skutków prawnych. Celem wprowadzonej do Pzp zasady pisemności jest zabezpieczenie jawności postępowania poprzez gromadzenie stosownej dokumentacji.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia przez Zamawiającego 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp z powodu odrzucenia oferty ZBD. Przepis ten należy interpretować łącznie z art. 24 ust.4 zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

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. Zgodnie z art. 24 ust 4 ten przypadek odnosi się do przetargu nieograniczonego, zapytania o cenę i zamówienia z wolnej ręki, czyli tzw. postępowań jednoetapowych. Tym samym w postępowaniach wieloetapowych, gdzie prowadzi się odrębnie ocenę wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofert, wykluczenie wykonawcy z postępowania nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w trybie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyby wykluczony wykonawca złożył ofertę. Tym samym rozwiązanie zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 5 należy zastosować do wykonawcy niezaproszonego do składania oferty. Przepisu tego nie stosuje się wobec tego do postępowania w trybie przetargu nieograniczonego.

Odrzucenie oferty w postępowaniach jednoetapowych jest skutkiem wykluczenia wykonawcy z postępowania, *a contrario* uchylenie czynności Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z mocy prawa powoduje, że oferta tego wykonawcy przestaje być również z mocy prawa ofertą odrzuconą.

Reasumując powyższe ustalenia i rozważania odnośnie trzech ww. odwołań stwierdzić należy, że Zamawiający zbyt formalistycznie podchodził do oceny ofert wykonawców, których odwołania zostały uwzględnione, przedkładając rzekomy formalizm wynikający z ustawy Pzp, nad potrzebę pełnej i rzetelnej oceny złożonych ofert. Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest i nie może być celem samym w sobie. Zauważyć należy, że został on w wyniku kolejnych od 2008 roku nowelizacji ustawy Pzp w sposób znacząco zredukowany, a postępowanie ma za główny cel wybór najkorzystniejszej oferty i wykonawcy z którym zostanie zawarta umowa na realizację zamówienia publicznego

Uszło uwadze Zamawiającego, że czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania stanowi każdorazowo czynność ostateczną i prawo do jej dokonania może się ziścić dopiero po uczynieniu przez Zamawiającego zadość wszystkim obowiązkom nałożonym na niego przez ustawodawcę, a w szczególności obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. i wykazaniu, że dany wykonawca jako niespełniający postawionych warunków nie daje rękojmi należytego wykonania zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła wobec wszystkich odwołań, jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 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) i 2b 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