

Sygn. akt: KIO/2505/10

WYROK

z dnia 29 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 16 listopada 2010 r. przez **Roberta Białdygę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „TRANSKOM” Robert Białdyga, ul. Zwycięstwa 1, 47-143 Jaryszów** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Koszęcin, ul. Sobieskiego 1, 42-286 Koszęcin.**

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w częściach od I do IV unieważnienie czynności oceny ofert oraz unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty i powtórzenie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Koszęcin, ul. Sobieskiego 1, 42-286 Koszęcin i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 10 000 zł 00 gr. (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Roberta Białdygę prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „TRANSKOM” Robert Białdyga, ul. Zwycięstwa 1, 47-143 Jaryszów tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **13 600 zł 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Koszęcin, ul. Sobieskiego 1, 42-286 Koszęcin** na rzecz **Roberta Białdyga prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „TRANSKOM” Robert Białdyga, ul. Zwycięstwa 1, 47-143 Jaryszów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczanego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 119, poz. 759 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 **Częstochowie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Państwowe Gospodarstwo Leśne Lasy Państwowe Nadleśnictwo Koszęcin, ul. Sobieskiego 1, 42-286 Koszęcin, (zwany dalej: „Zamawiającym”) – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Przebudowę pożarowych dróg leśnych – dojazdów pożarowych: L3/7 w Leśnictwie Kalina, L3/10 w Leśnictwie Kalina, L3/122 w Leśnictwach Brusiek i Dubiele, L3/24 w Leśnictwie Dębowa Góra, L3/91 w Leśnictwach Lipowiec, L3/13 w Leśnictwie Boronów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 października 2010 r. pod pozycją 319476.

Wykonawca Robert Białyga prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „TRANSKOM” Robert Białyga, ul. Zwycięstwa 1, 47-143 Jaryszów (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 16 listopada 2010 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie na czynność Zamawiającego (dotyczącą wszystkich części zamówienia), t.j. na bezprawne wykluczenie Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- a) zaniechanie zastosowania procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wdrożenia której Zamawiający był zobowiązany,
- b) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, poprzez nieuzasadnione wykluczenie Odwołującego z postępowania, chociaż zdaniem Odwołującego nie zaistniały okoliczności w nim określone,
- c) naruszenie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Odwołującego pomimo że Odwołujący nie podlegał jego zdaniem wykluczeniu,
- d) zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 2 pkt.5 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie niniejszego odwołania i nakazanie:
 - unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, odrzucenia oferty Odwołującego oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
 - powtórzenia czynności badania i oceny ofert z udziałem oferty Odwołującego, w tym zastosowanie procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
 - dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego,

- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego według norm prawem przewidzianych na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

Uzasadniając podniesione zarzuty, Odwołujący wskazał w odwołaniu w szczególności na następujące okoliczności faktyczne:

Odwołujący w odwołaniu wskazał, że Zamawiający poinformował, o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp, gdyż wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, a mianowicie brak było w jego ofercie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności o wartości nie mniejszej niż wartość brutto złożonej oferty, co było według Odwołującego wymogiem SIWZ. Ponadto Odwołujący wskazał, iż jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp a Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego, nie zastosował przy tym procedury określonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający poinformował również, że nie zastosował procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż jego zdaniem był on zwolniony z obowiązku występowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do wezwania wykonawcy do uzupełniania dokumentu potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu, w związku z faktem, że *„wykonawca posiadał pełną wiedzę, iż takowej polisy nie posiada i dopiero uzyska ją w przypadku wygrania przetargu”*. Odwołujący dodał, iż w jego ofercie bowiem oprócz polisy dotyczącej ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, na kwotę jedynie 1 500 000,00 zł, znajdowało się również oświadczenie, że *„w przypadku wybrania naszej oferty, polisa OC zostanie zawarta w wysokości odpowiadającej wartości i na cały okres realizacji zadania”*.

Ze stanowiskiem Zamawiającego Odwołujący nie zgadzał się, ponieważ:

1. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wedle Odwołującego wskazuje na bezwzględny obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Ustawa nie wskazuje na możliwość jakichkolwiek okoliczności, zwalniających Zamawiającego z tego obowiązku.
2. Oświadczenie, na które powołuje się Zamawiający było dokumentem ponadwymaganym i nie zostało złożone w tym celu, na który powołuje się Zamawiający. Oświadczenie to dotyczyło deklaracji przedłużenia polisy na pełny okres realizacji zamówienia, na wypadek zawarcia z Odwołującym umowy na jego realizację.
3. Polisę wymaganą przez Zamawiającego w wysokości 4 500 000,00 zł, a więc zgodną z oczekiwaniem Zamawiającego Odwołujący posiadał (załącznik nr 1 - kopia polisy na kwotę 4 500 000,00 zł), lecz nie została ona omyłkowo załączona do oferty Odwołującego. Polisa ta została pozyskana w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu przed

upływem terminu składania ofert, a więc potwierdza spełnianie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu wymaganego w SIWZ na dzień składania ofert. Zamiast tej polisy do oferty została dołączona omyłkowo posiadana przez Odwołującego wcześniej polisa na kwotę 1 500 000,00 zł. Oświadczenie, na które powołuje się Zamawiający dotyczyło polisy, która jednakże nie została dołączona do oferty. Jej okres obowiązywania jest, zdaniem Odwołującego bowiem krótszy, niż okres realizacji zamówienia, w związku z tym Odwołujący uznał więc, że należy dołączyć do oferty takie zapewnienie. Wiedza Odwołującego odnośnie polisy OC ograniczała się do faktu, że nie obejmuje ona pełnego okresu realizacji zamówienia, a nie jak twierdzi Zamawiający, że w ogóle Odwołujący jej nie posiada.

4. Ponadto Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, na każde z poszczególnych zadań oddzielnie, dołączona do oferty przez Odwołującego polisa OC na kwotę 1 500 000,00 zł zabezpieczała co najmniej jedno z przedmiotowych zadań w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tak więc obowiązkiem Zamawiającego było dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej z udziałem oferty Odwołującego na zadaniu, które zabezpieczała polisa Odwołującego. Jediną czynność, jaką Zamawiający winien przeprowadzić byłoby wezwanie do złożenia wyjaśnień, które zadanie należy brać pod uwagę. Każde zadanie bowiem z osobna mogło być rozstrzygnięte na korzyść Odwołującego, gdyż na wszystkich zadaniach Odwołujący przedstawił najniższą cenę i każde z nich przedstawiało cenę niższą od 1 500 000,00 zł. Zdaniem Odwołującego Zamawiający niesłusznie wykluczył z postępowania Odwołującego, pomimo że spełnia on, jego zdaniem wszystkie warunki udziału w postępowaniu, i jest gotowy do uzupełnienia brakującego dokumentu, ponadto Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp pomimo że nie wystąpiły okoliczności uprawniające Zamawiającego do dokonania tych czynności, efektem czego było pozbawienie Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Ponadto Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 października 2010 r. pod pozycją 319476.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówienie w swej treści w zakresie wymagań co do spornego dokumentu („*Informacja o oświadczeniach lub dokumentach, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu na podstawie ustawy*”) wymagało aby wykonawcy przedłożyli opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od

odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi postanowienia w zakresie dotyczącym wymaganych *oświadczeń i dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu* (Rozdział VI SIWZ):

m) polisę lub inny dokument potwierdzający, iż wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności o wartości nie mniejszej niż wartość brutto złożonej oferty.

Termin składania ofert został wyznaczony na dzień 22 października 2010 r.

Do upływu terminu składania ofert zostały złożone oferty przez 3 wykonawców, w tym ofertę na wszystkie części złożył również Odwołujący.

Do oferty Odwołującego załączono m. in. polisę wskazującą o ubezpieczeniu na kwotę jedynie 1.500.000,00 zł oraz oświadczenie z datą 20 października 2010 r., iż *w przypadku wybrania jego oferty polisa OC zostanie zawarta w wysokości odpowiadającej wartości i na cały okres realizacji zamówienia.*

Zamawiający pismem z dnia 2 listopada 2010 r. (które doręczone zostało Odwołującemu w dniu 12 listopada 2010 r.) w zakresie części I – IV zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz wykluczeniu Odwołującego a w następstwie o odrzuceniu jego oferty. W uzasadnieniu faktycznym wykluczenia Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, iż zgodnie z zapisem rozdziału VI pkt 1 lit. m) SIWZ obowiązkiem wykonawcy było przedłożenie polisy lub innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej o wartości nie mniejszej niż wartość brutto złożonej oferty. Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „TRANSKOM” Robert Białydyga, przedłożył polisę wskazującą o ubezpieczeniu na kwotę jedynie 1.500.000,00 zł przy ofercie złożonej na kwotę około 4.500.000,00 zł brutto. Jednocześnie wykonawca złożył oświadczenie z datą 20 października 2010 r., iż w przypadku wybrania jego oferty polisa OC zostanie zawarta w wysokości odpowiadającej wartości i na cały okres realizacji zamówienia. Oświadczenie tego typu według Zamawiającego w rozumieniu zapisów SIWZ nie jest polisą i nie zastępuje jej. Złożenie tego rodzaju oświadczenia, zdaniem Zamawiającego zwalniało Zamawiającego od obowiązku występowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp od wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu polisy potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert w związku z faktem, iż wykonawca posiadał pełną wiedzę, iż takowej polisy nie posiada i dopiero uzyska ją w przypadku wygrania przetargu.

W dniu 16 listopada 2010 r. wykonawca Robert Białydyga prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe „TRANSKOM” Robert Białydyga, ul. Zwycięstwa 1, 47-143 Jaryszów złożył odwołanie na czynność Zamawiającego polegającą na bezprawnym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i w konsekwencji odrzucenie jego oferty. Do odwołania Odwołujący załączył polisę z datą ubezpieczenia ważną od dnia 22 października 2010 r. do dnia 21 października 2011 r.

Wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 11 października 2010 r.

Do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego pismem z dnia 19 listopada 2010 r. do Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Edward Hucz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Drogowego, Wodno-Kanalizacyjnego i Transportu, ul. 3-go Maja 27, 42-283 Boronów,
- Arkadiusz Mika prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU „DOMAX”, ul. Grabińskiego 8, 42-283 Boronów.

Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego obu wykonawców zostały przekazane przez Zamawiającego do Krajowej Izby Odwoławczej i wpłynęły w dniu 23 listopada 2010 r.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, ofertę Odwołującego jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że w postępowaniu mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) ponieważ przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu wejścia w życie ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz. 1591) oraz ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778).

Zdaniem Izby Odwołujący posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż czynności podjęte przez Zamawiającego w toku postępowania a polegające na wykluczeniu Odwołującego oraz odrzuceniu jego oferty mogą pozbawić go możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia, a tym samym narażają go na poniesienie szkody.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego pismem z dnia 19 listopada 2010 r. do Zamawiającego zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- Edward Hucz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Drogowego, Wodno-Kanalizacyjnego i Transportu, ul. 3-go Maja 27, 42-283 Boronów,
- Arkadiusz Mika prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą PHU „DOMAX”, ul. Grabińskiego 8, 42-283 Boronów.

Zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego obu wykonawców zostały przekazane przez Zamawiającego do Izby i wpłynęły w dniu 23 listopada 2010 r.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 11 października 2010 r.

Z uwagi na przepis art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, Izba uznała za nieskuteczne pod względem formalnym przystąpienie wykonawcy Edwarda Hucz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Drogowego, Wodno-Kanalizacyjnego i Transportu, ul. 3-go Maja 27, 42-283 Boronów oraz Arkadiusza Mika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU „DOMAX”, ul. Grabińskiego 8, 42-283 Boronów, gdyż wykonawcy ci zgłosili przystąpienie po upływie 3-dniowego terminu, liczonego od daty otrzymania od Zamawiającego kopii odwołania wraz z wezwaniem do przyłączenia się do postępowania, co miało miejsce w dniu 11 października 2010 r.

Ponadto Izba zauważa również, że zgodnie z dyspozycją art. 185 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego, jednocześnie doręczając zgłoszenie przystąpienia Prezesowi Izby. Z powyższego przepisu wynika, że wykonawca, który chcąc przystąpić do postępowania odwoławczego powinien zgłoszenie do postępowania odwoławczego skierować w formie pisemnej albo elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Izby w nieprzekraczalnym terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania a dopiero kopię owego przystąpienia przesłać Zamawiającemu oraz Odwołującemu. Mając na względzie powyższe Izba uznała, że przystąpienia wykonawców: Edwarda Hucz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Budownictwa Drogowego, Wodno-Kanalizacyjnego i Transportu, ul. 3-go Maja 27, 42-283 Boronów oraz Arkadiusza Mika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą PHU „DOMAX”, ul. Grabińskiego 8, 42-283 Boronów, były nieskuteczne pod względem formalnym biorąc pod uwagę treść dyspozycji art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto odwołanie, wobec niestwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu.

Ponadto w związku z brakiem podstaw do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że istnieją podstawy do rozpoznania odwołania na rozprawie.

Mając powyższe na względzie, Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie rozpoznając przedmiotowe odwołanie.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest zasadne z uwagi na wskazaną przez Odwołującego podstawę faktyczną i prawną oraz w konsekwencji zasługuje na uwzględnienie.

Przechodząc do szczegółowego omówienia zarzutów w pierwszej kolejności Izba ustaliła, że istota rozpoznania niniejszego odwołania sprowadza się do oceny czy Zamawiający w sposób właściwy zastosował procedury przewidziane ustawą Pzp i czy w konsekwencji zgodnie z przepisami ustawy dokonał czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Następnie Izba zajęła się rozpoznaniem zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz w konsekwencji również naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty.

Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy i w konsekwencji naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdził się w zebranych materiale dowodowym. Izba dokonując analizy materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, w tym przede wszystkim postanowień SIWZ oraz treści oferty złożonej przez Odwołującego stwierdziła, że brak jest podstaw prawnych uzasadniających wykluczenie Odwołującego z postępowania oraz odrzucenie oferty Odwołującego z przyczyn wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 listopada 2010 r. Izba stwierdziła, iż Zamawiający dokonując w sposób niewłaściwy interpretacji dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy doprowadził do niezgodnego z ustawą Pzp wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty.

Izba przywołuje w tym zakresie treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający wzywa wykonawców, w którzy 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 lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Biorąc pod uwagę przywołaną powyżej dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie ma racji Zamawiający opierając wykluczenie Odwołującego na stwierdzeniu, iż oświadczenie z dnia 20 października 2010 r. złożone przez Odwołującego zwalniało Zamawiającego od obowiązku występowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp od wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu polisy potwierdzającej spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania ofert twierdząc jednocześnie, iż wykonawca składając oświadczenie posiadał pełną wiedzę, iż takowej polisy nie posiada i dopiero uzyska ją w przypadku wygrania przetargu.

Zdaniem Izby powyższe nie uprawnia Zamawiającego do wyciągania arbitralnych wniosków, że biorąc pod uwagę zaistniały stan faktyczny nie ma podstaw do zastosowania procedury przewidzianej w przepisie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, oraz że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i że zaistniała podstawa wykluczenia z postępowania.

Należy przypomnieć, że czynność wykluczenia z postępowania może nastąpić jedynie po uprzednim obligatoryjnym wezwaniu Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów, a dopiero niepotwierdzenie spełniania warunków po wezwaniu przez Zamawiającego uprawnia go do wykluczenia Odwołującego z postępowania.

Izba podkreśla, że niezależnie czy wykonawca jest w stanie wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz czy posiada wymagane specyfikacją dokumenty Wykonawca ma gwarantowaną prawem możliwość ich uzupełnienia, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek wezwania może więc, potwierdzić, spełnienie warunków udziału w postępowaniu, bądź nie. Jednak niezależnie od argumentacji Odwołującego uzasadniającej niezłączenie brakujących dokumentów Zamawiający nie jest zwolniony z zastosowania procedury wzywania do uzupełnienia, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dlatego też nawet jeśli z przedłożonych wraz z ofertą dokumentów wynika, że wykonawca nie spełnia postawionego przez Zamawiającego warunku, nie można arbitralnie wykluczyć, że wykonawca jest w posiadaniu innych niż przedłożonych wraz z ofertą dokumentów, które potwierdzają spełnienie postawionego warunku. Wykonawca może również potwierdzić spełnienie warunku innym, nieprzedstawionym wcześniej dokumentem, nie można bowiem zakładać, że wykonawca nie jest w stanie wykazać się polisą na kwotę odpowiadającą wartości oferty brutto, którego z jakichś powodów nie załączył wraz z ofertą. Taki zakres uzupełnienia został przewidziany w ustawie i nie powoduje naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Podkreślić przy tym należy, 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. Ponadto należy również jednoznacznie stwierdzić, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczy nie tylko sytuacji nieprzedłożenia żadnego dokumentu czy złożenia dokumentów zawierających wady formalne, ale każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zatem interpretacja Zamawiającego, zawężająca obowiązek wezwania była nieprawidłowa, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania i przyjęcie, że *„Złożenie tego rodzaju oświadczenia (oświadczenie, iż w przypadku wybrania oferty Odwołującego polisa OC zostanie zawarta w wysokości odpowiadającej wartości i na cały okres realizacji zamówienia), zdaniem Zamawiającego zwalniało go od obowiązku występowania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp od wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentu polisy potwierdzającej spełnienie warunków udziału w związku z faktem, iż wykonawca posiadał pełną wiedzę, iż takowej polisy nie posiada i dopiero uzyska ją w przypadku wygrania przetargu”*.

Nie można podzielić stanowiska Zamawiającego, że obowiązek określony w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega modyfikacji w zaistniałym stanie faktycznym. Powyższy przepis ma charakter ogólny oraz dotyczy wszystkich zaistniałych sytuacji, także takich które wskazywać mogą, na podstawie przedłożonych przez wykonawcę dokumentów, że wykonawca nie spełnia postawionego warunku. Niezastosowanie przez Zamawiającego w niektórych wybranych przez sytuacjach procedury przewidzianej dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może do dowolności w ocenie czy wykonawca de facto jest w stanie wykazać się spełnianiem warunków udziału i uzależnianie od tego możliwości stosowania art. 26 ust. 3 ustawy Pzp prowadzić może w konsekwencji do złamania zasady równości i uczciwej konkurencji.

Ponadto z obligatoryjnego brzmienia i charakteru treści art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że nie mają znaczenia argumenty Odwołującego wskazujące dlaczego wymagana specyfikacją polisa, na wymaganą przez Zamawiającego kwotę nie została załączona do oferty oraz również powody załączenia przez Odwołującego do oferty oświadczenia z dnia 20 października 2010 r. W świetle dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcę do uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału a wykonawca ma prawo w sposób przewidziany w ustawie dowieść, że warunki udziału w postępowaniu spełnia. Gdyby na skutek wezwania to wykazał i przedłożył wymagane dokumenty (co Odwołujący uczynił

przedkładając wraz z odwołaniem polisę na kwotę 4 500 000 zł), jego oferta powinna zostać poddana dalszemu badaniu i ocenie.

Mając powyższe na względzie Izba uznała, że w konsekwencji przyjęcia przez Zamawiającego błędnej interpretacji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i niewezwania wykonawcy do uzupełnienia brakujących dokumentów czynność wykluczenia z postępowania została dokonana niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W świetle powyższego, biorąc pod uwagę powyższe rozważania Zamawiający zobowiązany jest do unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia jego oferty, i w konsekwencji dokonanie wszelkich czynności zgodnie z ustawą Pzp, t.j. zastosowania procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i dokonania ponownego badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (w zakresie części I-IV).

Wobec stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i w konsekwencji naruszenia dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Uwzględniając powyższe, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów wskazanych powyżej, t.j. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów 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), w tym także co do uzasadnionych kosztów Odwołującego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika, z ograniczeniem ich wysokości do kwoty określonej w § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....