

sygn. akt: KIO 2294/10

**WYROK**  
**z dnia 3 listopada 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Paweł Trojan</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Paweł Nowosielski</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 03.11.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22.10.2010 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Transportowo Sprzętowe Budownictwa „PYZAK” Mirosław Pyzak, ul. J. Dąbrowskiego 11, 11-100 Lidzbark Warmiński** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gmina Kiwity, Kiwity 28, 11-106 Kiwity** w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa oczyszczalni ścieków w Czarnym Krzu wraz z kanalizacją sanitarną w miejscowościach Żegoty, Klutajny, Tolniki Wielkie, Maków”

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, jak również nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej**
- 2. Kosztami postępowania w kwocie 13 600 (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych i zero groszy) obciąża Gmina Kiwity, Kiwity 28, 11-106 Kiwity i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 10 000 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Transportowo Sprzętowe Budownictwa „PYZAK” Mirosław Pyzak, ul. J. Dąbrowskiego 11, 11-100 Lidzbark Warmiński;**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 13 600 zł 00 gr. (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez **Gmina Kiwity, Kiwity 28, 11-106 Kiwity** na rzecz **Przedsiębiorstwo Transportowo Sprzętowe Budownictwa „PYZAK” Mirosław Pyzak, ul. J. Dąbrowskiego 11, 11-100 Lidzbark Warmiński** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:**

.....

**Uzasadnienie**  
**do wyroku z dnia 3 listopada 2010 r. o sygn. akt KIO 2294/10**

Zamawiający – Gmina Kiwity, Kiwity 28, 11-106 Kiwity - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa oczyszczalni ścieków w Czarnym Krzu wraz z kanalizacją sanitarną w miejscowościach Żegoty, Klutajny, Tolniki Wielkie, Maków”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest mniejsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 17.09.2010 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych – nr ogłoszenia 295574-2010.

W dniu **18.10.2010** r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wykluczeniu z postępowania i w konsekwencji o jego unieważnieniu.

W dniu **22.10.2010** r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;
- art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w związku z brakiem podania uzasadnienia prawnego podjętej czynności oraz wskazaniem podstaw, które stanowiły podstawę do stwierdzenia braku spełnienia warunków;
- art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp;
- alternatywnie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do ewentualnego uzupełnienia brakujących dokumentów, lub brakiem wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów załączonych do oferty, przed podjęciem decyzji o „nie spełnieniu warunków”;
- art. 93 ust. 1 pkt. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, co wynika z faktu, iż złożona przez niego oferta ma szansę zostać uznana za najkorzystniejszą z uwagi na fakt, iż jest to oferta z najniższą ceną (kryterium oceny ofert - cena 100%) oraz spełnia wszystkie

wymagania SIWZ, natomiast w wyniku bezprawnej decyzji Zamawiającego Odwołujący poniósł szkodę, gdyż bezpodstawnie został pozbawiony możliwości realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz wykluczenia Odwołującego;
- nakazanie Zamawiającemu dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty Odwołującego i wyboru najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że dnia 18.10.2010 r. otrzymał informację o „nie spełnieniu warunków” oraz unieważnieniu przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 i 4 ustawy Pzp.

W ocenie Odwołującego czynności Zamawiającego pojęte w niniejszym postępowaniu zostały dokonane z naruszeniem przepisów prawa.

1. Przesłana w dniu 18.10.2010 r. informacja w trybie art. 92 ust. 1 ustawy nie zawiera podstawy prawnej pozwalającej na stwierdzenie, że „oferta nie spełnia warunków”. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek podania zarówno uzasadnienia prawnego - poprzez podanie podstawy prawnej dokonanej czynności, jak i uzasadnienia faktycznego. W informacji z dnia 14.10.2010 r. brakuje obu tych elementów, co samo w sobie czyni czynność Zamawiającego wadliwą. Obowiązkiem Zamawiającego, o ile decyduje się na wykluczenie wykonawcy, jest podanie podstaw i okoliczności jakie zadecydowały o podjęciu takiej czynności. W przeciwnym razie wykonawca, który został wykluczony nie ma możliwości obrony swoich interesów.

W ocenie Odwołującego wadliwość czynności podjętych przez Zamawiającego potwierdza cytowane orzecznictwo: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 1. września 2008 r. sygn. akt. KIO/UZP 860/08 w którym skład orzekający stwierdził, że: *„Zamawiający jest zobowiązany podać wykonawcom wyniki postępowania wraz z uzasadnieniem podstaw wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty czy wykluczenia wykonawcy z postępowania. (...) Powiadomienia wykonawców nie zależą od dobrej woli Zamawiającego, a stanowią obowiązek nałożony ustawą p.z.p.”* Wskazać przy tym należy, że lakoniczność i brak szczegółowego uzasadnienia zarówno prawnego jak i podania przyczyn faktycznych uznania, że załączone do oferty dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków określonych w SIWZ same już w sobie wskazują na wadliwe podjęcie czynności przez

Zamawiającego. W ocenie Odwołującego potwierdza to min. wyrok KIO z dnia 16.09.2009 r. (sygn. akt. KIO/UZP 1234/09, 1238/09, 1240/09).

Odwołujący biorąc pod uwagę powyższe z ostrożności, nie znając bowiem rzeczywistych podstaw wykluczenia z postępowania, odnosząc się do twierdzeń Zamawiającego o braku spełnienia warunków dotyczących wiedzy i doświadczenia, braku potwierdzenia posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy do kwoty nie mniejszej niż cena oferty, oraz dotyczących osób które będą uczestniczyć w kierowaniu robotami budowlanymi wskazał, że:

1) W zakresie doświadczenia Odwołujący wskazał, że Zamawiający w treści informacji z dnia 14.10.2010 r. podniósł, że Odwołujący nie spełnia warunków, bowiem nie wykazał się dwiema robotami z zakresu budowy oczyszczalni oraz 1 roboty z zakresu budowy kanalizacji. Takie stwierdzenie, w ocenie Odwołującego, jest zupełnie bezpodstawne. Zamawiający żądał aby uczestniczący w postępowaniu wykonawcy wykazali się doświadczeniem w realizacji dwóch robót z zakresu budowy oczyszczalni ścieków o przepustowości minimum 150 m<sup>3</sup>/dobę. W treści oferty złożonej przez Odwołującego znajduje się wykaz, z którego treści wynika spełnianie przedmiotowego warunku. Odwołujący zgodnie z brzmieniem art. 26 ust. 2b ustawy Pzp w zakresie tego warunku podpira się doświadczeniem innego podmiotu, który w sposób przewidziany w ustawie zobowiązał się do udostępnienia i oddania do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy jego wykonywaniu. Zarówno realizacja oczyszczalni ścieków w Lidzbarku Warmińskim, jak i w Mielcu realizowane przez firmę OTT System Sp. z o.o. spełniają wymagane minimum 150 m<sup>3</sup>/dobę. Brak podania podstaw stwierdzenia, że wykazane realizacje nie spełniają oczekiwań Zamawiającego uniemożliwia, zdaniem Odwołującego, szersze przedstawienie argumentacji w tym zakresie. Odwołujący wskazał, że obie realizacje dotyczą robót z zakresu budowy i spełniają wymóg minimalnej przepustowości. Dodatkowo, zgodnie z wymogiem znajdującym się pod tabelą (załącznik nr 5), do tabeli wpisano informacje dotyczące robót wykonanych przez te podmioty, a do wykazu załączono dokumenty potwierdzające, że roboty zostały wykonane z należytą starannością. Tak więc, w ocenie Odwołującego, brak jest jakichkolwiek podstaw (na co również wskazuje treść informacji z dnia 14.10.2010 r.) aby postawić jakiekolwiek zarzuty wskazanym realizacjom. Jedynie z daleko posuniętej ostrożności Odwołujący nadmienił, że ustawodawca nie ograniczył kręgu podmiotów uprawnionych do wystawiania dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług – co zauważyła w uzasadnieniu wyroku KIO w wyroku o sygn. akt. KIO/UZP 315/09. Generalny wykonawca ma prawo potwierdzić należyte wykonanie usługi, jaką zlecił swemu podwykonawcy. A zatem wyrok przesądza również, że

referencje mogą dotyczyć nie tylko zamówień publicznych, ale i zleceń wykonywanych dla prywatnych firm.

Również brak jest podstaw do stwierdzenia, braku spełnienia warunku co do posiadania doświadczenia dla dwu robót z zakresu budowy kanalizacji sanitarnej wraz z przepompowniami o wartości minimum 1 mln zł każda. Zamawiający w treści informacji wskazuje, że uznał tylko jedną robotę. Wskazać należy, że obie roboty przewyższają ponad dwukrotnie wartości wymagane w SIWZ (obie w swoim zakresie zawierały przepompownie). Żadnych innych wymogów SIWZ nie przewidywała, a Zamawiający nie ujawnił jakie wątpliwości budzą dokumenty załączone do oferty. Realizacja wskazana w pozycji 3 wykazu realizowana była samodzielnie przez Odwołującego, pozycja 4 realizowana była w ramach konsorcjum, co jednak nie zmienia faktu możliwości posługiwania się nią jako doświadczeniem. Każdy bowiem z członków konsorcjum ma prawo legitymowania się daną realizacją w całości. Tak, zdaniem Odwołującego, wynika z orzecznictwa sądowego, w tym m.in. wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 2 grudnia 2009 r. (sygn. akt. X Ga 332/09), który podzielając stanowisko Izby zawarte w wyroku z dnia 5 października 2009 r. (KIO/UZP/1187/09) uznaje twierdzenia Izby które sprowadzają się do wskazania, że *„Uczestnik konsorcjum jest uprawniony do powoływania się na doświadczenie zdobyte podczas realizacji zamówienia, a doświadczenia tego nie można ograniczać jedynie do czynności faktycznie wykonywanych w ramach inwestycji. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia szereg okoliczności. Po pierwsze, ustawodawca każe traktować wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia jako jednego wykonawcę (art. 23 ust. 3 oraz art. 2 pkt. 11 ustawy pzp) . Z punktu widzenia prawa zamówień publicznych, a w konsekwencji i Zamawiającego, konsorcjum jest traktowane jako jednolity podmiot, który składa ofertę, zawiera umowę i ją realizuje. Konsekwencją przyjęcia takiej regulacji jest okoliczność, że to wykonawca, a więc wszystkie podmioty tworzące konsorcjum zdobywają doświadczenie jako wykonawca konkretnego zamówienia. Po drugie wzmocnieniem dla takiej argumentacji jest również regulacja przepisu art. 141 ustawy Pzp. Przyjęcie solidarnej odpowiedzialności wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powoduje, iż każdy z podmiotów tworzących konsorcjum może być zobowiązany do zaspokojenia wierzyciela (art. 366 § 1 k.c). Oznacza to, że każdy z uczestników konsorcjum musi być przygotowany na taką ewentualność, a więc decydując się na udział w konsorcjum w istocie powinien posiadać możliwość realizacji takiego zamówienia, bowiem potrzeba taka może się pojawić na każdym etapie inwestycyjnym. Skoro tak, to nie sposób po wykonaniu zamówienia, odmówić uczestnikowi konsorcjum doświadczenia w jego realizacji.”*

Mając na uwadze powyższe twierdzenia Zamawiającego w zakresie nie wykazania się spełnieniem warunków w zakresie doświadczenia są, w ocenie Odwołującego, bezzasadne.

2) W zakresie posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytowej Odwołujący wskazał, że zupełnie niezrozumiałe i nieuzasadnione jest twierdzenie Zamawiającego o braku spełnienia warunków w tym zakresie. Wskazał, że w części dotyczącej braku podania podstaw faktycznych uznania, że w tym zakresie warunek nie został spełniony argumentacja przedstawiona pkt 1 jest w pełni aktualna. W zakresie tego zarzutu Odwołujący nie jest bowiem w stanie przedstawić jakiegokolwiek argumentacji, bowiem nie zna podstaw podjętej przez Zamawiającego czynności. SIWZ zobowiązywała do wykazania się zdolnością finansową poprzez posiadanie środków finansowych lub zdolności kredytowej do kwoty nie mniejszej niż cena oferty. Cena brutto oferty Odwołującego to 6.558.518,10 zł. W ofercie przedstawiono informacje z banków odpowiednio na kwoty: opinia bankowa z dnia 04.10.2010 r. wystawiona na Odwołującego potwierdzające posiadania zdolności kredytowej do kwoty 2,5 mln zł., opinia bankowa wraz ze zobowiązaniem wynikającym z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp dla pana Stanisława Dobrowolskiego potwierdzająca zdolność kredytową w wysokości 4 mln zł, oraz wyciąg z konta bankowego Odwołującego, który jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych na kwotę 110.092,47 zł.. Tak więc wartość środków finansowych wynosi 6.610.092,47 zł, a więc przewyższa wartość oferty zgodnie z wymogiem SIWZ.

3) Odwołujący wskazał, że podobnie jak w poprzednich punktach również nie jest mu znane stanowisko Zamawiającego, które pozwalałoby na stwierdzenie braku spełnienia warunków w zakresie osób. Zamawiający zobowiązał do wykazania posiadania odpowiedniej kadry z uprawnieniami, wśród tych osób wykonawcy mieli wskazać kadrę na załączniku nr 6 i tak też zostało to uczynione. Tak więc zarzut Zamawiającego w tym zakresie jest zupełnie niezrozumiały.

W związku z wykluczeniem z postępowania, w ocenie Odwołującego, najistotniejszą argumentacją do wszystkich trzech punktów jest naruszenie przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i ewentualnie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Zamawiający bowiem, jeśli miał jakiegokolwiek wątpliwości, co do treści załączonych do oferty dokumentów winien wezwać do złożenia wyjaśnień, lub jeśli uznał, że załączone dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu, był zobowiązany do wezwania do ich uzupełnienia. Sprawą bezdyskusyjną, w ocenie Odwołującego, popartą licznym i jednolitym orzecznictwem w tym zakresie jest bezwzględny obowiązek przed dokonaniem czynności wykluczenia do dokonania czynności wynikających z ww. przepisów. Żadne okoliczności (brak podstaw do

odrzućenia oferty) nie zwalniały Zamawiającego z tego obowiązku. Na potwierdzenie swojej argumentacji Odwołujący przywołał m.in. wyrok KIO z 30 marca 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 304/10, w którym Izba stwierdziła „przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych daje możliwość uzupełniania oświadczeń lub dokumentów, których brak lub które zawierają błędy.” Natomiast w wyroku KIO z 3 marca 2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 31/10 zostało stwierdzone: „Niespełnienie warunku wynikającego z SIWZ nie może skutkować natychmiastową koniecznością wykluczenia wykonawcy i odrzućenia jego oferty w toku oceny ofert bez uwzględnienia trybu wynikającego z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Uzupełnione dokumenty mogą być wystawione już po upływie wyznaczonego terminu na składanie ofert, ale z takim zastrzeżeniem, że potwierdzają spełnianie warunków na konkretny, wskazany przez ustawodawcę i jednolity dla wszystkich wykonawców termin - najpóźniej na dzień składania ofert. Ustawodawca w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie wskazał, iż mogą to być jedynie dokumenty wystawione przed upływem terminu składania ofert. Przyjęcie odmiennego stanowiska w tym zakresie byłoby sprzeczne z celem ustawodawcy, tj. ograniczenia sytuacji konieczności wykluczenia wykonawców z postępowania z powodów formalnych. Z instytucją wynikającą z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wiąże się konieczność precyzyjnego określenia żądania, która obciąża zamawiającego, zaś brak precyzji po jego stronie nie może powodować negatywnych skutków prawnych dla nieprecyzyjnie wezwanego wykonawcy.”

Odwołujący przywołał również wyrok KIO z 4 listopada 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1508/09 wskazujący, że Zamawiający, który stwierdzi, że nie otrzymał potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, powinien na mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zażądać od wykonawcy dokumentów na potwierdzenie spełniania postawionych warunków.

Tym samym, w ocenie Odwołującego, czynność wykluczenia, a w konsekwencji unieważnienie postępowania zostały dokonane z naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego jest ważna i winna zostać uznana za najkorzystniejszą, a zatem brak jest podstaw do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp. Brak jest również podstaw do unieważnienia postępowania w oparciu o przesłankę art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, bowiem cena oferty Odwołującego nie przewyższa kwoty jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na skutek zaniechania wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów i w konsekwencji jego unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp.



**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z ogłoszeniem o zamówieniu, treścią SIWZ, ofertą złożoną przez Odwołującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk Stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustalił i zważył, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu nadanym ww. ustawą nowelizującą.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynność unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, jak również nakazania powtórnego badania i oceny ofert, jak również dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę z najniższą ceną oraz nie przekraczającą kwoty, jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, całokształtu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodu zawnioskowanego przez Odwołującego w toku rozprawy, jak również oświadczeń Zamawiającego i Odwołującego złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

W odniesieniu do stanu faktycznego będącego przedmiotem niniejszego rozstrzygnięcia Izba jako zasadniczy dowód uznała dokumentację przedmiotowego

postępowania w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, treści oferty złożonej w postępowaniu przez wykonawcę Odwołującego, całokształtu korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dowodów zawnioskowanych przez Odwołującego w toku rozprawy w postaci tłumaczenia przysięgłego referencji wystawionych na rzecz OTT System Spółka z o.o., jak również oświadczeń Zamawiającego i Odwołującego złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

I. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z brakiem podania uzasadnienia prawnego podjętej czynności oraz wskazaniem podstaw, które stanowiły podstawę do stwierdzenia braku spełnienia warunków Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 14.10.2010 r. wskazał w pkt 4, iż oferta Odwołującego (oferta nr 4) nie spełnia warunków, jakie Zamawiający określił w SIWZ:

- dotyczących wiedzy i doświadczenia – brak 2 robót w zakresie budowy oczyszczalni oraz 1 roboty z zakresu budowy kanalizacji;
- dotyczących posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy do kwoty nie mniejszej niż cena oferty;
- dotyczących osób, które będą uczestniczyć w kierowaniu robotami budowlanymi – brak wykazania prowadzenia minimum 3 robót budowlanych w zakresie swoich uprawnień.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowania jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

W ocenie Izby uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia wykonawcy z postępowania powinno być na tyle szczegółowe, aby znane były uczestnikom postępowania motywy jakimi kierował się zamawiający. Biorąc pod uwagę konsekwencje, jakie wiążą się z czynnością wykluczenia z postępowania, jak również zasadę pisemności postępowania

zamawiający winien wskazać w sposób szczegółowy wszystkie okoliczności faktyczne, jak również wskazać podstawę prawną dokonanej czynności. Biorąc pod uwagę treść art. 185 ust. 7 ustawy Pzp, który zawiera odesłanie do przepisów ustawy Kodeks postępowania cywilnego należy wskazać, iż biorąc pod uwagę możliwość wniesienia na taką czynność zamawiającego środków ochrony prawnej w postaci odwołania oraz skargi zastosowanie ma zasada koncentracji postępowania. Otóż wykluczony wykonawca winien posiadać możliwość kontroli czynności Zamawiającego i ustosunkowania się do wszystkich zarzutów podniesionych przez Zamawiającego w stosunku do złożonej przez niego w postępowaniu oferty.

Izba wskazuje, iż niezależnie od wartości szacunkowej postępowania czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania może być każdorazowo przedmiotem zaskarżenia w postaci wniesienia środków ochrony prawnej.

Biorąc pod uwagę zakres informacji zawartych w ofercie Odwołującego na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu oraz treść pisma Zamawiającego z dnia 14.10.2010 r. oraz 18.10.2010 r. Izba wskazuje, iż Zamawiający nie przedstawił uzasadnienia faktycznego w zakresie wykluczenia Odwołującego z postępowania w odniesieniu do wiedzy i doświadczenia oraz posiadanych środków finansowych w sposób umożliwiający wykonawcy zaskarżenie tej czynności w ramach wniesionego środka ochrony prawnej.

Na powyższe wskazuje również podniesiona przez Zamawiającego w toku rozprawy argumentacja, w ramach której Zamawiający podniósł, że oferta Odwołującego zawiera szereg innych błędów i nieprawidłowości. Jednakże w tym zakresie Zamawiający nie uszczegółowił swojego stanowiska, jak również nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów. Taki sposób prowadzenia postępowania przez Zamawiającego oraz podejmowania przez niego czynności uniemożliwia ich weryfikację, co jest sprzeczne z zasadą pisemności oraz jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada jawności i pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowią dwie z naczelnych zasad polskiego systemu zamówień publicznych.

Tym samym Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt. 3 ustawy Pzp w związku z brakiem podania uzasadnienia prawnego podjętej czynności oraz wskazaniem podstaw, które stanowiły podstawę do stwierdzenia braku spełnienia warunków

**II.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakujących dokumentów, lub brakiem wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów załączonych do

oferty, przed podjęciem decyzji o „nie spełnieniu warunków” Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 14.10.2010 r. wskazał w pkt 4, iż oferta Odwołującego (oferta nr 4) nie spełnia warunków, jakie Zamawiający określił w SIWZ:

- dotyczących wiedzy i doświadczenia – brak 2 robót w zakresie budowy oczyszczalni oraz 1 roboty z zakresu budowy kanalizacji;
- dotyczących posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy do kwoty nie mniejszej niż cena oferty;
- dotyczących osób, które będą uczestniczyć w kierowaniu robotami budowlanymi – brak wykazania prowadzenia minimum 3 robót budowlanych w zakresie swoich uprawnień.

Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, iż nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Izba nie podziela zaprezentowanego przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz w toku rozprawy uzasadnienia zaniechania czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów lub wezwania do ich wyjaśnienia na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Zamawiający podniósł, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp jest możliwe jeżeli dokumentów brak jest w ofercie lub jeżeli zawierają błędy nie wpływające na treść złożonej oferty. Zamawiający wskazał ponadto, że tylko w przypadku braku dokumentów istniałby po jego stronie obowiązek wynikający z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, zaś w ofercie Odwołującego zostały złożone w zakresie doświadczenia dokumenty - jednakże nie potwierdzały one spełnienia warunku i tym samym Zamawiający odstąpił od ich uzupełnienia oraz wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wykładnia literalna norm prawnych wyrażonych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wskazuje, iż ustawodawca poprzez użycie sformułowania „Zamawiający wzywa (...)” nałożył na Zamawiającego obowiązek zastosowania instytucji uregulowanych w powyższych przepisach. Pogląd ten został utrwalony w orzecznictwie sądów powszechnych, Krajowej Izby Odwoławczej, jak również jest jednolity w doktrynie. Powszechnie reprezentowany jest również pogląd, który wskazuje, że nie tylko brak dokumentów lub złożenie dokumentów zawierających błędy upoważnia zamawiającego do wezwania do ich uzupełnienia. Otóż na równi z powyższymi okolicznościami traktować należy sytuację, gdy złożone wraz z ofertą dokumenty nie potwierdzają spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W takim przypadku należy je traktować na równi z dokumentami błędnymi lub wręcz na równi z

brakiem dokumentów. Izba w niniejszym składzie w całej rozciągłości podziela ten pogląd. Wynika to z faktu, iż nie sposób byłoby uznać za realizację norm wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp różnicowanie sytuacji wykonawców, którzy w ogóle nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu od sytuacji wykonawców, którzy wszakże złożyli takie dokumenty, lecz ich treść wskazuje, że warunków nie spełniają. Stawianie na uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów i stosowanie instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tylko wobec nich stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania podmiotów znajdujących się w identycznej sytuacji, tj. takich podmiotów które nie wykazały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby 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 niewykazania spełnienia warunków. W tym wypadku bez znaczenia jest fakt, czy niewykazanie spełnienia warunków jest wynikiem niezłożenia dokumentów w ogóle, złożenia dokumentów zawierających błędy, czy też złożenia dokumentów, które wskazują, iż wykonawca warunków nie spełnia.

Ponadto powiązanie przez Zamawiającego braku obowiązku wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp z faktem, że zawierają błędy wpływające na treść złożonej oferty może mieć miejsce tylko i wyłącznie w odniesieniu do dokumentów przedmiotowych, tj. dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Powyższego argumentu, w ocenie Izby, nie sposób odnieść do dokumentów podmiotowy (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), tj. dokumentów składanych przez wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Tym samym Izba wskazuje, iż Zamawiający każdorazowo w przypadku, gdy wykonawca nie złożył wraz z ofertą dokumentów potwierdzających, że spełnia warunki udziału w postępowaniu lub złożył dokumenty, które jednak spełniania warunków nie potwierdzają jest zobowiązany do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. W ocenie Izby Odwołujący wykazał, iż istniejący w ramach przedmiotowego postępowania stan faktyczny wskazuje na możliwość zastosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Tym samym Izba uznała, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez brak wezwania Odwołującego do ewentualnego uzupełnienia brakujących dokumentów lub brakiem wezwania do wyjaśnienia treści dokumentów załączonych do oferty.

III. W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w związku z bezpodstawnym wykluczeniem przez Zamawiającego Odwołującego z postępowania Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

Izba w pierwszej kolejności ustaliła, iż Zamawiający w piśmie datowanym na dzień 14.10.2010 r. wskazał w pkt 4, iż oferta Odwołującego (oferta nr 4) nie spełnia warunków, jakie Zamawiający określił w SIWZ:

- dotyczących wiedzy i doświadczenia – brak 2 robót w zakresie budowy oczyszczalni oraz 1 roboty z zakresu budowy kanalizacji;
- dotyczących posiadania środków finansowych lub zdolności kredytowej wykonawcy do kwoty nie mniejszej niż cena oferty;
- dotyczących osób, które będą uczestniczyć w kierowaniu robotami budowlanymi – brak wykazania prowadzenia minimum 3 robót budowlanych w zakresie swoich uprawnień.

Zamawiający w toku rozprawy potwierdził, iż nie wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jak również nie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp pomimo faktu, iż jego zdaniem złożone przez Odwołującego dokumenty budzą jego wątpliwości, zaś z ich treści wynika, że wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od zasadności podniesionych przez Zamawiającego zarzutów dotyczących dokumentów dołączonych przez Odwołującego do oferty istotą rozstrzygnięcia i uznania zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest stwierdzenie, czy Zamawiający na tym etapie postępowania (etapie badania o oceny ofert) był uprawniony do zastosowania instytucji uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu wskazuje, iż czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp jest czynnością ostateczną i winna być poprzedzona wezwaniem do uzupełnienia dokumentów lub złożenia wyjaśnień pozwalających na wykazanie przez wykonawcę, że spełnia od warunki udziału w postępowaniu. Takie jest *ratio legis* instytucji uregulowanych w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zawnioskowany w toku rozprawy przez Odwołującego dowód z dokumentu w postaci tłumaczenia przysięgłego referencji wystawionych na rzecz OTT System Spółka z o.o., które obejmują realizację oczyszczalni ścieków w Kownie o parametrach technicznych spełniających wymagania Zamawiającego należ wskazać, iż Odwołujący wykazał, iż w tym aspekcie jest w stanie potwierdzić spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto w pozostałym zakresie, tj. w odniesieniu do pozostałych pozycji wykazu robót, jak również w odniesieniu do potencjału kadrowego oraz posiadanych środków finansowych Odwołujący oświadczył, iż powzięte przez Zamawiającego wątpliwości można usunąć w drodze wyjaśnień w oparciu o art. 26 ust. 4 ustawy Pzp.

Jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 27.10.2010 r.) Zamawiający swoje wątpliwości dotyczące spełnienia przez Odwołującego warunku w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia (2 zadania obejmujące budowę kanalizacji) oparł na analizie listu referencyjnego, wskazując iż nie wynika z jego treści jaki zakres robót i o jakiej wartości wykonał Odwołujący. Ponadto w odniesieniu do powyższego zakresu Zamawiający stwierdził, iż dołączony list referencyjny posiada nieczytelne pieczętki i nie sposób ustalić, kto jest jego wystawcą. W ocenie Izby dokumenty potwierdzające, że zamówienie zostało wykonane w sposób należyty, nie muszą potwierdzać zakresu wartościowego i przedmiotowego wykazanych w wykazie robót. Ponadto podlegają one uzupełnieniu. Nie sposób również uznać, iż niepodlegającą konwalidacji wadą jest również złożenie nieczytelnych kopii dokumentów, co wprost wynika z § 6 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817). Z powyższego przepisu wynika, iż zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu (...), gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości.

Analiza załączonego wraz z ofertą Odwołującego wykazu kierowników robót wskazuje, iż w kolumnie zatytułowanej „doświadczenie zawodowe” został wskazany okres w latach, zaś Zamawiający wymagał wykazania dla kierownika budowy prowadzenia minimum 3 robót budowlanych w zakresie swoich uprawnień. Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący zawarł w powyższym wykazie nieprawidłowe informacje, co winno skutkować wezwaniem o uzupełnienie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Nieuzasadnione jest również twierdzenie Zamawiającego, że Odwołujący nie dołączył do oferty dokumentów potwierdzających ten fakt. Otóż, jak słusznie wskazał Odwołujący, rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów nie przewiduje dla wykazania dysponowania osobami zdolnymi do wykonania przedmiotu zamówienia innych dokumentów poza wykazem zawierającym stosowne informacje, zatem żądanie innych dokumentów jest działaniem pozbawionym podstawy prawnej (§ 1 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane).

W odniesieniu do warunku obejmującego sytuację finansową i ekonomiczną Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że nie uznał kwoty wskazanej na rachunku bankowych w wysokości 110.092,47 zł + 13.251,87 zł wystawionego na Annę P.

Zamawiający stwierdził w toku rozprawy, iż nie posiada wiedzy kim jest ta osoba i w jaki sposób jest powiązana z Odwołującym. Biorąc pod uwagę fakt, iż Odwołujący jest osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą, i jak wskazał Odwołujący, wiąże go majątkowa umowa małżeńska powyższe wątpliwości, w ocenie Izby, winny być przedmiotem wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Na powyższe wskazuje również fakt, iż rachunek walutowy, prowadzony w tym samym banku co rachunek dla Anny P., jest własnością Anny P. oraz Mirosława Pyzaka.

Wobec powyższego Izba wskazuje, iż biorąc pod uwagę uwzględnienie zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub alternatywnie do złożenia wyjaśnień czynność wykluczenia Odwołującego była czynnością przedwczesną. 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, tj. obowiązkom wynikającym z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Tym samym Zamawiający podejmując decyzję o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z jednoczesnym zaniechaniem czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów lub ich wyjaśnienia naruszył art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba uznała, iż wykluczenie Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp było, na tym etapie postępowania, czynnością przedwczesną.

W związku z powyższym Izba uznała, iż zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp potwierdził się.

**IV.** W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 93 ust. 1 pkt. 1 i 4 ustawy poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych w odniesieniu do ww. zarzutu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż Zamawiający w dwóch kolejnych pismach datowanych na dzień 14.10.2010 r. i 18.10.2010 r. wskazał w pkt 1, iż oferta nr 1 złożona przez wykonawcę Konsorcjum CTE Carbotech Engineering Spółka z o.o. przewyższa kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W odniesieniu do powyższego wykonawcy Zamawiający nie wskazał, iż wykluczył go z postępowania, nie wskazał również, iż jego oferta podlega odrzuceniu.



W drugiej kolejności Izba ustaliła na podstawie druku ZP-2, iż Zamawiający przed otwarciem ofert poinformował wykonawców, iż na sfinansowanie zamówienia może przeznaczyć kwotę w wysokości 6.800.000,00 zł brutto.

W trzeciej kolejności Izba ustaliła w oparciu o druk ZP-12 do protokołu postępowania, iż w przedmiotowym postępowaniu oferty złożyli następujący wykonawcy:

- oferta Nr 1: Konsorcjum CTE Carbotech Engineering Spółka z o.o. z ceną ofertową 7.147.791,69 zł brutto;
- oferta Nr 2: Przedsiębiorstwo Usługowe „JANBAR” s.c. Waldemar Baran, Mirosław Jankowski z ceną ofertową 6.656.424,52 zł brutto;
- oferta Nr 3: Konsorcjum Przedsiębiorstwo Inżynieryjno – Budowlane Przem-Gri Spółka z o.o. z ceną ofertową 6.799.940,46 zł brutto;
- oferta Nr 4: Przedsiębiorstwo Transportowo Sprzętowo Budowlane „Pyzak” z ceną ofertową 6.558.518,10 zł brutto.

W odniesieniu do powyższego Izba wskazuje, iż zgodnie z treścią art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu (...).

Tym samym aby doszło do ziszczenia się hipotezy normy prawnej uregulowanej w powyższym przepisie w postępowaniu wszystkie oferty winny zostać przez zamawiającego odrzucone na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 – 8, art. 90 ust. 3 ustawy Pzp lub uznane za odrzucone na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Jak wynika z informacji zawartej w dwóch kolejnych pismach z dnia 14.10.2010 r. oraz 18.10.2010 r. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mamy do czynienia z powyższą sytuacją. Wobec powyższego Izba wskazuje, iż Zamawiający wobec nie ziszczenia się hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie był uprawniony do unieważnienia postępowania ze względu na brak w niniejszym postępowaniu niepodlegających odrzuceniu ofert.

W odniesieniu do wskazanej w dwóch kolejnych pismach z dnia 14.10.2010 r. oraz 18.10.2010 r. alternatywnej przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ze względu na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia Izba wskazuje, iż istotne w tym aspekcie jest stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Tym samym biorąc pod uwagę fakt, iż zaoferowana przez Odwołującego cena ofertowa nie przekracza kwoty, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, oraz biorąc pod uwagę fakt, iż Izba stwierdziła, że Zamawiający zaniechał wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów wykluczenie

Odwołującego z postępowania było czynnością przedwczesną i pozbawioną podstaw prawnych oraz faktycznych. Dopiero dokonanie zaniechanych czynności i ustalenie przez Zamawiającego po ich ewentualnym dokonaniu, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu może skutkować unieważnieniem przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, iż czynność unieważnienia postępowania jest czynnością ostateczną. Wobec powyższego może ona być dokonana dopiero w przypadku, gdy po spełnieniu przez Zamawiającego wszystkich ustawowych obowiązków wypełniona zostanie którakolwiek z przesłanek uregulowanych w art. 93 ust. 1 pkt 1 – 7 ustawy Pzp.

Wynika to bowiem z faktu, iż poza przesłankami określonymi enumeratywnie w art. 93 ust. 1 ustawy brak jest innych prawnych podstaw do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. z żadnej innej przyczyny zamawiający nie ma prawa unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wymienione w art. 93 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych stanowią katalog zamknięty. W przypadku zaistnienia jednej z nich Zamawiający ma obowiązek unieważnić postępowanie. Nie może jednak swobodnie, wedle swego uznania, podejmować decyzji o unieważnieniu. Artykuł 93 ust. 3 ustawy - Prawo zamówień publicznych zobowiązuje ponadto Zamawiającego do podania uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia. Tym samym wykazanie i udowodnienie, że dokonanie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego miało swoje normatywne i faktyczne podstawy spoczywa zawsze na zamawiającym. Każdorazowo na zamawiającym ciąży obowiązek udowodnienia przesłanek unieważnienia postępowania, gdyż on wywodzi z nich skutki prawne.

Ze względu na doniosłość czynności unieważnienia postępowania polegającą na zniweczeniu wszystkich skutków prawnych i faktycznych związanych z wszczęciem postępowania, złożeniem wniosków lub ofert przez wykonawców i dokonaniem przez zamawiającego w toku postępowania określonych czynności prawnych i faktycznych unieważnienie postępowania musi być wynikiem niezależnych od zamawiającego okoliczności. Wyjątek od tej zasady może nastąpić jedynie w stosunku do przesłanki uregulowanej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, gdyż najczęściej wada o której mowa w powyższym przepisie jest skutkiem błędów zamawiającego poczynionych na etapie przygotowywania lub prowadzenia postępowania. W tym wypadku jednak zamawiający będzie zobligowany do zwrotu wykonawcom, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, uzasadnionych kosztów uczestnictwa w postępowaniu, w szczególności kosztów przygotowania oferty stosownie do treści art. 93 ust. 4 ustawy.

Unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy musi zostać poprzedzone czynnościami odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców aby umożliwić im

zaskarżenie tychże czynności. Dopiero upływ terminu na wniesienie środka ochrony prawnej czyni ww. czynności wiążącymi dla zamawiającego i wykonawców.

W odniesieniu do przesłanki wskazanej w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy ustawodawca zagwarantował mechanizm uniemożliwiający jej nadużycie zobowiązując zamawiającego na podstawie art. 86 ust. 3 ustawy do podania bezpośrednio przed otwarciem ofert kwoty, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Chroni to wykonawców przed arbitralnym i nieuzasadnionym unieważnieniem przez zamawiającego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp. Analiza powyższych przepisów wskazuje, że kwota jak zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia nie może być niższa od kwoty podanej bezpośrednio przed otwarciem ofert, jednakże nic nie stoi na przeszkodzie, aby kwota ta była kwotą wyższą. Gwarancyjną rolę kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia należy odnieść do zasady jawności i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Niewątpliwie nadużycie instytucji unieważnienia postępowania przez zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszakże sam fakt ogłoszenia postępowania lub przekazania wykonawcom zaproszenia do składania ofert i złożenie w danym postępowaniu oferty nie podlegającej odrzuceniu przez wykonawcę nie podlegającego wykluczeniu z postępowania powinno skutkować zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jak wyżej zostało wskazane, aby nie dopuścić do nadużywania tej instytucji przez zamawiającego norma prawna wyrażona w art. 93 ustawy ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej (*ius cogens*) przy jednoczesnym jej imperatywnym charakterze. Kolejnym elementem mającym zapobiegać nadużywaniu tej instytucji jest wyrażony w art. 93 ust. 3 ustawy obowiązek równoczesnego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wszystkich wykonawców, którzy ubiegali się o udzielenie zamówienia – w przypadku unieważnienia postępowania przed terminem składania ofert lub wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty – w przypadku unieważnienia postępowania po upływie terminu składania ofert. Dodatkowym wymogiem nałożonym na zamawiającego jest konieczność podania uzasadnienia faktycznego i prawnego dokonanej czynności.

Tym samym Zamawiający podejmując decyzję o unieważnieniu przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp naruszył powyższe przepisy poprzez dokonanie tej czynności bez podstaw prawnych i faktycznych.

**V.** W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców Izba wskazuje, iż zasługuje on na

uwzględnienie.

Wobec faktu, iż Izba stwierdziła naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wskazać należy, iż wpływ na stwierdzenie naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp mają motywy jakimi kierował się Zamawiający odstępując od obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów.

Zamawiający podniósł, iż wezwanie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust 3 ustawy Pzp jest możliwe jeżeli dokumentów brak jest w ofercie lub jeżeli zawierają błędy nie wpływające na treść złożonej oferty. Zamawiający wskazał ponadto, że tylko w przypadku braku dokumentów istniałby po jego stronie obowiązek wynikający z art. 26 ust 3 ustawy Pzp, zaś w ofercie Odwołującego zostały złożone w zakresie doświadczenia dokumenty jednakże nie potwierdzały one spełnienia warunku i tym samym Zamawiający odstąpił od ich uzupełnienia oraz wykluczył Odwołującego na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę wskazane w pkt II uzasadnienie dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy wskazać, iż nie sposób byłoby uznać za realizację norm wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp różnicowanie sytuacji wykonawców, którzy w ogóle nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu od sytuacji wykonawców, którzy wszakże złożyli takie dokumenty, lecz ich treść wskazuje, że warunków oni nie spełniają. Stawianie na uprzywilejowanej pozycji wykonawców, którzy nie złożyli dokumentów i stosowanie instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp tylko wobec nich stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania podmiotów znajdujących się w identycznej sytuacji, tj. takich podmiotów które nie wykazały spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby wykładnia celowościowa normy prawnej wyrażonej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przemawia za tym, aby hipoteza tej normy prawnej objąć każdą sytuację, która powoduje, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu - niezależnie od źródła nie wykazania spełnienia warunków. W tym wypadku bez znaczenia jest fakt, czy niewykazanie spełnienia warunków jest wynikiem niezłożenia dokumentów w ogóle, złożenia dokumentów zawierających błędy, czy też złożenia dokumentów, które wskazują, iż wykonawca warunków nie spełnia.

Tym samym Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego doszło do naruszenia przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

**VI.** W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp Izba wskazuje, iż nie zasługuje on na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy Pzp zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do udzielenia zamówienia któremukolwiek wykonawcy, gdyż Zamawiający unieważnił postępowanie w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp.

Tym samym nie sposób wskazać, iż doszło do wyczerpania hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 7 ust. 3 ustawy Pzp i nie tym samym nie doszło do naruszenia uregulowanego w powyższym przepisie zakazu.

Wobec powyższego Izba uznała, iż w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 93 ust. 1 pkt 1 i 4 ustawy Pzp powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 3 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....