

Sygn. akt: KIO/578/10

WYROK

z dnia 23 kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Członkowie: -----

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Henryk Mazur, 83-000 Pruszcz Gdański, Sikorskiego 2C** od w postępowaniu prowadzonym przez **Centralny Wodociąg Żuławski Sp. z o.o. w Nowym Dworze Gdańskim, 82-100 Nowy Dwór Gdański, ul. Warszawska 28A**

przy udziale wykonawcy **Hydrobudowa Gdańsk S.A. ul. Grunwaldzka 135, 80-264 Gdańsk** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego Konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Henryk Mazur oraz nakazuje dokonanie czynności ponownego badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. Kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Henryk Mazur, 83-000 Pruszcz Gdański, Sikorskiego 2C**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18.785 zł** (słownie osiemnastu tysięcy siedmiuset osiemdziesięciu pięciu złotych, 00 groszy) przez **Zamawiającego Centralny Wodociąg Żuławski Sp. z o.o. w Nowym Dworze Gdańskim** na rzecz **Odwołującego Konsorcjum: B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska, MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Henryk Mazur**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu uiszczonego wpisu, kosztu dojazdu na posiedzenie oraz wynagrodzenie pełnomocnika.

Przewodniczący:

.....

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **Gdańsku**.

Uzasadnienie

Zamawiający – Centralny Wodociąg Żuławski spółka z o.o. w Nowym Dworze Gdańskim prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Budowę zbiorników wody czystej wraz podłączeniem do sieci CWŻ w miejscowości Stegna”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 25 lutego 2010 roku, pod numerem 52976-2010.

W postępowaniu zostały złożone trzy oferty. Zamawiający pismem z dnia 15 marca 2010r., uzupełnionym – co do podstawy prawnej tj. powołania się na brzmienie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wystąpił na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych Odwołującego oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego Hydrobudowę Gdańsk SA w Gdańsku „w związku ze złożeniem przez dwóch oferentów referencji dot. tej samej inwestycji tj. budowy zbiorników na stacji uzdatniania wody „Podgórze” dla miasta Łomża, (...) udokumentowanie fizycznego wykonania ww. zbiorników” Jednocześnie poproszono wykonawców o potwierdzenie przez Inżyniera Kontraktu ww. prac. Odwołujący w odpowiedzi na przedmiotowe pismo nie przedstawił żądanego dokumentu, wskazując, że Zamawiający nie ma podstawy do takiego żądania, zaś Hydrobudowa Gdańsk SA złożyła dodatkowy dokument potwierdzony przez inżyniera Kontraktu.

Zamawiający w dniu 30 marca 2010r. zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach dokonanej oceny złożonych ofert w tym min. o odrzuceniu oferty Odwołującego, z powodu nieprzedłożenia na żądanie Zamawiającego dokumentu potwierdzającego fizyczną realizację zamówienia objętego załączoną do oferty referencją.

Na powyższą czynność Zamawiającego w dniu 6 kwietnia 2010r. – Konsorcjum firm B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska oraz MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Henryk Mazur wniosło odwołanie. Odwołujący się przekazał jednocześnie kopię treści odwołania Zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił rozstrzygnięciu Zamawiającego:

- 1) nieuprawnione wezwanie Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, do dostarczenia dokumentów potwierdzających wykonanie zbiorników, tj. naruszenie art. 25 ust. 1 i art. 26 ust. 4 Pzp;

- 2) nieuprawnione odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
- 3) prowadzenie postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia, poprzez wykonanie czynności o których mowa w pkt 1 i 2, w sposób niezgodny z zasadami zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, tj. naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp.

W oparciu o powyższe zarzuty Konsorcjum firm B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska oraz MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Henryk Mazur wniosło o:

- 1) unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu oferty złożonej przez Odwołującego;
- 2) unieważnienie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez firmę Hydrobudowa Gdańsk S.A.;
- 3) dokonanie ponownej oceny spełniania przez uczestników przetargu warunków udziału w postępowaniu oraz - w konsekwencji - wybór oferty odwołującego się Konsorcjum jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł, że żądanie Zamawiającego dotyczące udokumentowania „fizycznego wykonania zbiorników” nie znajduje uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych i stanowi naruszenie Pzp oraz rozporządzenia w 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. Zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 powyższego rozporządzenia Zamawiający może żądać wyłącznie wykazu robót budowlanych w zakresie niezbędnym do wykazania spełniania warunku wiedzy i doświadczenia wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania oraz załączeniem dokumentu potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W zawartym w pkt. 8.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia opisie warunków udziału w postępowaniu oraz opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków Zamawiający wskazał, że uzna za spełnianie warunków udziału w postępowaniu wykazanie się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wykonania dwóch robót budowlanych (inwestycji) obejmujących kompleksowe wykonanie:

- a) dwóch zbiorników o konstrukcji żelbetowej, wody czystej lub ścieków o pojemności użytecznej co najmniej 1000 m³ każdy,
- b) sieci wodociągowej o średnicy co najmniej 300 mm i długości najmniej 4500 mb,

lub wykonania w sposób należyty obiektów o parametrach określonych wyżej w pkt. a i b, o wartości łącznej brutto nie mniejszej niż 5.000.000 zł w ramach jednej lub dwóch inwestycji z zakresu gospodarki wodno-ściekowej. Wskazano, że dokumenty potwierdzające spełnianie powyższych wymagań Odwołujący załączył do swojej oferty.

W wykazie zrealizowanych inwestycji z zakresu gospodarki wodno - ściekowej wykonanych w okresie ostatnich 5 lat Odwołujący powołał się m.in. na doświadczenie zdobyte w ramach realizacji inwestycji pn. „Modernizacja i rozbudowa ujęć wody SUW Podgórze i SUW Rybaki dla miasta Łomża w ramach projektu «Rozwój sektora MSP okolic Łomży»". Na potwierdzenie twierdzeń zawartych w powyższym wykazie Odwołujący przedłożył referencje wystawione przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z Łomży, które bezsprzecznie potwierdzają wykonanie w ramach realizacji powyższej inwestycji zbiorników żelbetowych wymaganych przez Zamawiającego. Dodatkowo, z ostrożności, wraz z pismem przedłożonym Zamawiającemu w dniu 19 marca 2010 r. Odwołujący przedstawił Zamawiającemu kolejne referencje wystawione przez MPWiK Sp. z o.o. Łomża potwierdzające wykonanie jako partner konsorcjum modernizacji i rozbudowy ujęć wody SUW Podgórze i SUW Rybaki.

Podniósł Odwołujący, że Zamawiający odrzucając jego ofertę, przyjął fakt, że Odwołujący nie zastosował się do żądania Zamawiającego i nie przedłożył dokumentu stwierdzającego wykonanie robót potwierdzonego przez Inżyniera Kontraktu. Zupełnie niezrozumiałe jest, zdaniem Odwołującego, zatem przyjęcie jako podstawy prawnej odrzucenia oferty Odwołującego art. 89 ust. 1 pkt 2, w związku z art. 87 ust. 1 Pzp, a więc przepisów odnoszących się do merytorycznej oceny ofert, podczas gdy podana podstawa faktyczna dotyczy oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu.

W opinii Odwołującego Zamawiający błędnie przyjął, że niemożliwe jest powoływanie się na doświadczenie zdobyte przy realizacji tego samego zadania przez dwóch członków konsorcjum, podczas gdy, m.in. z uwagi na solidarny charakter odpowiedzialności ponoszonej przez uczestników konsorcjum, każdy z nich ma prawo do powoływania się na doświadczenia zdobyte w ramach konsorcjum, i to dotyczące całego zadania realizowanego przez konsorcjum, a nie jedynie zakresu realizowanych faktycznie robót. Powołał się Odwołujący w tym zakresie na orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, która m.in. w wyroku z dn. 5 lutego 2009 r. (KIO/UZP 111/09) jednoznacznie stwierdziła, iż „*wykonawcy przysługuje prawo do wykazywania się doświadczeniem w realizacji całego zamówienia, mimo że wykonane ono zostało w konsorcjum z innym podmiotem. Skoro bowiem istnieje możliwość zawiązania konsorcjum w celu spełniania warunku, należy dać każdemu z*

członków konsorcjum prawo do wykazywania się doświadczeniem, mimo że de facto nabyte ono zostało w konsorcjum, tym bardziej, że zgodnie z art. 141 ustawy pzp, wykonawcy występujący w konsorcjum ponoszą solidarną odpowiedzialność za wykonanie umowy", a także podobne poglądy m.in. w wyrokach KIO/UZP 110/09, KIO/UZP 103/09, KIO/UZP 630/08, KIO/UZP 1301/08, KIO/UZP 1311/08, KIO/UZP 886/08, KIO/UZP 530/08, KIO/UZP 838/08.

Na przedmiotowe odwołanie w dniu 12 kwietnia 2010r. odpowiedź wniósł Zamawiający podkreślając, że nie kwestionuje prawa Odwołującego się do „wykazania się doświadczeniem w realizacji całego zamówienia”, przy czym w ofertach przedłożonych przez dwóch wykonawców tj. Konsorcjum firm w składzie: - B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska Pruszcz Gdański i partner MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Henryk Mazur i Konsorcjum firm w składzie Hydrobudowa Gdańsk SA i partner ALBREKS sp. z o.o. Gdańsk złożone zostały referencje dotyczące realizacji tego samego zadania wydane przez dwa różne podmioty - Prezydenta Miasta Łomża dla Hydrobudowa Gdańsk SA i Prezesa Zarządu Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Łomży dla B & W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzidkowska Pruszcz Gdański. Wskazał dalej Zamawiający że wezwano wykonawców do złożenia dodatkowych wyjaśnień do przedstawionych referencji tj. o potwierdzenie faktycznego wykonania robót polegających na budowie dwóch zbiorników o pojemności 1000 m³ w trakcie realizacji zamówienia w ramach projektu: „Rozwój sektora MŚP okolic Łomży”- poświadczonych przez Inżyniera Kontraktu, zaś oferta wykonawcy, który nie zastosował się do takiego żądania Zamawiającego podlega odrzuceniu (art.89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 87 ust.1 ustawy PZP).

Do postępowania Odwoławczego, po stronie Zamawiającego w dniu 9 kwietnia 2010r. przyłączył się wykonawca Hydrobudowa Gdańsk SA w Gdańsku. W uzasadnieniu przystąpienia wskazano, że Zamawiający zwrócił się do tego podmiotu a także Odwołującego o wyjaśnienie kwestii referencji dotyczących tego samego zadania (Modernizacji i rozbudowy ujęć wody SUW „podgórze” oraz SUW „Rybaki” dla miasta Łomży) złożonych przez obu wykonawców, z których jednakże każda została wystawiona przez inny podmiot (Prezydenta Miasta Łomży oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o.), w związku z czym Zamawiający miał prawo wezwać wykonawców o potwierdzenie realizacji zamówienia przez trzeci z podmiotów uprawnionych do potwierdzania należytego wykonania

umowy, obok Inwestora i Eksploatatora czyli przez Inżyniera Kontraktu. Zdaniem Przystępującego, skoro Odwołujący nie przedstawił takiego potwierdzenia wystawionego przez Inżyniera Kontraktu, nie udokumentował w sposób należyty, zgodny z SIWZ i ustawą należytego wykonania zadania inwestycyjnego – jego oferta została zasadnie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Przystępujący stwierdził, iż podane przez Odwołującego tezy dotyczące możliwości posługiwania się przez wszystkich wykonawców wspólnie realizujących zadanie inwestycyjne referencjami wydanymi przez Zamawiającego, niezależnie od fizycznie wykonywanego zakresu prac, są słusznie i prawdziwe oraz potwierdzone przez bogate orzecznictwo KIO.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wraz z załącznikami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron i Przystępującego złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

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 2009r. 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 nowelizacją Prawa zamówień publicznych z dnia 2 grudnia 2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu danego zamówienia, w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są roboty budowlane wynosi 9.028.000 zł (2.351.654,08 euro).

1. Przechodząc do analizy zarzutów podniesionych w odwołaniu, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że potwierdził się zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Prawa zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza obowiązana jest do uwzględnienia odwołania, jeśli stwierdzi takie naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Na gruncie analizowanej sprawy doszło, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, do takiego naruszenia.

Zamawiający otrzymał od Konsorcjum firm B&W Usługi Ogólnobudowlane Bożena Dzikowska oraz MAZUR Specjalistyczne Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich Henryk Mazur referencje, których nie zakwestionował – tak co do prawdziwości jak i co do zgodności z postawionym przez siebie wymogiem, co musiałyby znaleźć przecieży wyraz w późniejszej decyzji o wykluczeniu wykonawcy. Powziął jednakże wątpliwość co do tego dokumentu, która to wątpliwość miała swe źródło w fakcie, iż dwóch wykonawców (Odwołujący oraz Hydrobudowa Gdańsk SA) złożyło referencje dotyczące tego samego zadania, jak i że referencje wystawiły dwa różne podmioty (Prezydenta Miasta Łomży oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji sp. z o.o.), w związku z czym zwrócił się do obu wykonawców na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych (pismami z dnia 15 marca 2010r. oraz 18 marca 2010r.), „w związku ze złożeniem przez dwóch oferentów referencji dot. tej samej inwestycji tj. budowy zbiorników na stacji uzdatniania wody „Podgórze” dla miasta Łomża, (...) o udokumentowanie fizycznego wykonania ww. zbiorników” Jednocześnie Zamawiający poprosił wykonawców o potwierdzenie przez Inżyniera Kontraktu ww. prac.

W odpowiedzi Zamawiający otrzymał dodatkowy dokument, zgodnie z żądaniem od Przystępującego, zaś Odwołujący przedłożył dodatkowe pismo odnoszące się do wcześniej złożonej referencji.

Niezłożenie przez Odwołującego wymaganego przedmiotowymi pismami „udokumentowania fizycznego wykonania prac” skutkowało odrzuceniem przez Zamawiającego jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 87 ust. 1 Pzp. Oceniając – w kontekście zarzutu Odwołującego – poprawność przedmiotowej decyzji Zamawiającego stwierdzić należało, że odrzucenie oferty Odwołującego nastąpiło w sposób naruszający przepisy w stopniu uzasadniającym uwzględnienie odwołania.

W pierwszym rzędzie podkreślenia wymaga, że w świetle brzmienia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, Zamawiający jeśli zachodzą uzasadnione podstawy w treści złożonych, wymienionych w art. 25 ust. 1 Pzp dokumentów lub oświadczeń, wzywa w wyznaczonym przez siebie terminie do złożenia wyjaśnień dotyczących tych oświadczeń bądź dokumentów.

Niezłożenie tych wyjaśnień lub złożenie ich w stopniu nieprzekonującym skutkuje tym, że Zamawiający ocenia złożone tu do oferty dokumenty i oświadczenia zgodnie z zasadami logiki i doświadczenia życiowego, a w konsekwencji uznając, że te dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu – uprawniony jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Na gruncie omawianego przepisu, brak jest podstaw do przyjęcia, że niezłożenie wyjaśnień lub dokumentów powinno prowadzić do odrzucenia oferty jako nie zgodnej z SIWZ. Podkreślenia nadal wymaga, że omawiany przepis pozwala na żądanie jedynie wyjaśnień co do złożonych oświadczeń i dokumentów wymienionych w art. 25 ust. 1 nie zaś – jak miało to miejsce w analizowanej sprawie – dokumentów potwierdzających że złożona referencja dokumentuje rzeczywiste wykonanie prac.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej brak jest także podstaw do uznania by załączona do oferty Odwołującego referencja nie potwierdzała warunku udziału w postępowaniu, tak jak wymagał tego Zamawiający w SIWZ. W SIWZ (pkt. 8.2) Zamawiający wymagał bowiem by wykonawcy wykazali się odpowiednią wiedzą i doświadczeniem, przez które rozumiał *„Wykonanie w sposób należyty w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, co najmniej dwóch robót budowlanych (inwestycji) obejmujących kompleksowe wykonanie (...)”*

Zamawiający uznawał, że potwierdzeniem spełnienia tego warunku będzie oświadczenie złożone przez wykonawcę według załączonego wzoru, a także dokumenty wyszczególnione w SIWZ w tym wykaz wykonanych robót wraz z dokumentami potwierdzającymi że wykonano je należyte. W świetle tak postawionego warunku, nawiązującego swoją treścią do brzmienia zapisów *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*, należało uznać, że referencja załączona przez Odwołującego potwierdzająca należyte wykonanie prac przez członka konsorcjum spełnia postawiony przez Zamawiającego warunek. Pogląd o możliwości potwierdzania należytego wykonania zamówienia przez każdego członka konsorcjum znajduje potwierdzenia w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej i jest

podzielany przez skład orzekający niniejszej sprawy. Zresztą i sam Zamawiający zdawał się stać na podobnym stanowisku skoro nie wykluczył z postępowania Odwołującego.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, działanie Zamawiającego polegające na wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wykonawców do udokumentowania prac objętych referencjami nie znajdowało uzasadnienia. Zamawiający nie miał podstaw do wzywania do potwierdzenia tej referencji innym dokumentem, a tym bardziej do odrzucenia oferty z powodu jej nie złożenia. Żądanie przedłożenia takiego dokumentu nie znajduje podstawy w brzmieniu art. 26 ust. 4 Pzp, stąd też złożenie w jego następstwie dokumentów, może być uznane za dobrowolne, zależne od woli i chęci wykonawców, a same dokumenty mają w takim wypadku walor tylko pomocniczy. Z tego względu Krajowa Izba Odwoławcza nie unieważniła czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu wykonawców, a uznała że to wezwanie nie mogło rodzić negatywnych skutków dla wykonawców. Konsekwentnie jeśli brak było podstaw do żądania dodatkowych dokumentów dotyczących złożonych referencji to bezpodstawne była decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty.

Dalej, w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przepis ten nie daje podstawy do odrzucenia oferty z powodu jej nie zgodności z SIWZ. Zamawiający błędnie bowiem utożsamiał nie złożenie odpowiedniego dokumentu na jego żądanie z niezgodnością oferty z SIWZ. Nie złożenie czy też złożenie wadliwych dokumentów i oświadczeń mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu pośrednio stanowi nie złożenie dokumentów wymaganych treścią SIWZ, nie mniej nie jest trafny wniosek iż dokumenty dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu to elementy oferty podlegające ocenie na gruncie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia opisanych w SIWZ. Temu służy bowiem regulacja zawarta w art. 87 ust. 1 prawa zamówień publicznych. Skoro Zamawiający nie kwestionuje zaoferowanego w ofercie sposobu wykonania zamówienia składającego się na treść oferty z SIWZ, i kwestionować w oparciu o sporną referencję lub wyjaśnienia do niej nie może (bowiem dotyczy ona nie przedmiotu zamówienia, a warunku podmiotowego, dotyczącego udziału w postępowaniu) – to nie mógł odrzucić oferty w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. 2 w związku z art. 87 ust 1 Pzp.

W spornej sprawie Zamawiający nie wzywał wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Na podstawie art. 87 ust. 1. Skoro tak to brak było podstawy do odrzucenia oferty z tego powodu że oferta wykonawcy, wyjaśniona na podstawie art. 87 ust. 1 jest nie zgodna z SIWZ.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....