

Sygn. akt KIO 691/10

**WYROK**  
z dnia 14 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Paweł Trojan**

**Protokolant: Paulina Zalewska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o., ul. 3-go Maja 22, 35-030 Rzeszów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Gminę Białobrzegi, Białobrzegi 4, 37-114 Białobrzegi**.

przy udziale **WODOROL S.A., ul. Handlowa 3, 35-959 Rzeszów** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności wykluczeniu Odwołującego z postępowania, jak również nakazuje dokonanie powtórnie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów i nakazuje dokonanie powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej,**

**2. kosztami postępowania obciąża Gminę Białobrzegi, Białobrzegi 4, 37-114 Białobrzegi.**  
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „ŁĄCZBUD” Spółka z o.o., ul. 3-go Maja 22, 35-030 Rzeszów,**
  - 2) dokonać wpłaty kwoty **13 000 zł 00 gr** (słownie: trzynaści tysięcy złotych zero groszy) przez **Gminę Białobrzegi, Białobrzegi 4, 37-114 Białobrzegi** na rzecz **Zakładu Instalatorstwa i Teletechniki „ŁĄCZBUD” Spółka z o.o., ul. 3-go Maja 22, 35-030 Rzeszów,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (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 **Rzeszowie**.

**Przewodniczący:**

.....

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

Zamawiający – Gmina Białobrzegi, Białobrzegi 4, 37114 Białobrzegi prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej w lewobrzeżnej części Gminy Białobrzegi w miejscowościach Białobrzegi, Korniaktów Północny, Budy Łańcuckie”.

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

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte przez Zamawiającego w dniu **05.03.2010 r.** poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 05.03.2010 r. pod nr ogłoszenia 49421-2010.

W dniu **15.04.2010 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Jako najkorzystniejsza została uznana oferta złożona przez Konsorcjum: WODOROL S.A. z siedzibą w Rzeszowie oraz Wielobranżowy Zakład ROLBUD II s. c. Michał Świzdor i Stanisław Dyrda.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp gdyż Odwołujący:

- nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z Rozdziałem IX pkt 1.2.1. SIWZ) wykonawca miał wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najmniej jedno zamówienie, o charakterze i złożoności technologicznej porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia (zawierającego elementy robót: budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej z przepompowniami ścieków i przyłączami kanalizacyjnymi) o wartości co najmniej równej 4.000.000,00 zł;
- nie przedłożył oświadczenia, że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia (zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 lit d SIWZ);
- nie przedłożył aktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków.

W dniu **20.04.2010 r.** Odwołujący wniósł do Prezesa KIO odwołanie dotyczące czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Odwołujący w treści odwołania wskazał, iż odwołanie dotyczy wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz uznania oferty Odwołującego za odrzuconą.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający swoim postępowaniem naruszył następujące przepisy ustawy Pzp: art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art. 89 ust. 1 pkt. 5 oraz art. 91 ust. 1.

Odwołujący żądał:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownej czynności analizy i oceny ofert, a w jej trakcie wezwania Odwołującego do wyjaśnienia ewentualnie uzupełnienia dokumentów dotyczących wiedzy

i doświadczenia, posiadania wymaganych uprawnień oraz aktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków,  
3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że w dniu 15 kwietnia 2010 r. Odwołujący powziął informację o wykluczeniu z postępowania oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą. Odwołujący złożył ofertę z najniższą ceną. Cena była jedynym kryterium wyboru oferty i w przypadku postępowania zgodnego z przepisami ustawy to oferta Odwołującego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Do oferty zostały dołączone m.in.: zał. Nr 2 doświadczenie w zakresie wykonawstwa zawierający m.in. w poz. 6 zamówienie obejmujące budowę kanalizacji sanitarnych grawitacyjnych, budowę kanalizacji ciśnieniowych i odwodnieniowych o wartości 4 800 000,00, a także zaświadczenie z Urzędu Skarbowego z dnia 17 grudnia 2009 r.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający o ile miał wątpliwości, czy dokumenty potwierdzają spełnianie warunków udziału w postępowaniu winien zwrócić się o wyjaśnienie takich dokumentów. Jeżeli jednak zamawiający nie ma wątpliwości, iż do oferty nie dołączono dokumentów lub oświadczeń, albo dołączone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu stosownie do art. 26 ust. 3 ustawy Zamawiający ma obowiązek wezwania do uzupełnienia takich dokumentów lub oświadczeń. Zdaniem Odwołującego należy zauważyć, iż zgodnie z powszechnie przyjętą, zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie zasadą, niezłożenie dokumentu oznacza zarówno fizyczny brak dokumentu (oświadczenia) jak też fakt gdy złożono dokument wadliwy. Inne rozumienie przepisu oznaczałoby różne traktowanie wykonawców.

Wprawdzie po nowelizacji ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. pojawiły się interpretacje o braku możliwości uzupełniania dokumentów potwierdzających, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania tzn. np. dokumentów z Zakładu Ubezpieczeń Społecznych, Urzędu Skarbowego itp. Pogląd ten należy uznać za błędny. Bardzo ważny jest tu art. 26 ust. 2a ustawy, który wskazuje, że warunkiem jest też brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełniania warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy.

W świetle wyżej wskazanych okoliczności przed podjęciem decyzji o wykluczeniu z postępowania Zamawiający miał obowiązek wezwać Odwołującego do uzupełnienia zaświadczenia z Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia a także oświadczenia i dokumentu potwierdzającego posiadanie odpowiednie doświadczenie zawodowe.

Odwołujący wskazał, że w świetle powyżej przedstawionych argumentów odwołanie jest zasadne i odwołujący jeszcze raz wnosi o:

- 1) uchylene czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- 3) dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Zamawiający w piśmie z dnia **29.04.2010 r.** wniósł odpowiedź na odwołanie Zakładu Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o. i wniósł o oddalenie odwołania w całości, bądź jego odrzucenie.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że zarzuty jak i wnioski Odwołującego zawarte w odwołaniu nie znajdują uzasadnienia w świetle treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Budowa sieci kanalizacji sanitarnej w lewobrzeżnej części Gminy Białobrzegi w miejscowości Białobrzegi, Korniaktów Północny, Budy Łańcuckie, jak i przepisów ustawy Pzp.

Wskazanie naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 7 ust. 1, art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, 89 ust. 5, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp pozostaje, zdaniem Zamawiającego, w sprzeczności z stanem faktycznym i prawnym .

Zamawiający w SIWZ - rozdz. IX - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków, pkt 1.2.1 w zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia żądał wykazania, że wykonawca wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizowane, co najmniej jedno zamówienie, o charakterze i złożoności technologicznej porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia ( zawierające elementy robót: budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej z przepompowniami ścieków i przyłączami kanalizacyjnymi) o wartości, co najmniej równej 4.000.000,00 zł. Na potwierdzenie spełnienia tegoż warunku udziału w postępowaniu Odwołujący przedłożył w formie tabeli doświadczenie w zakresie wykonawstwa Zakładu Instalacji Elektrycznych i Teletechnicznych „ ELDAN” Daniel Murawski, którego wskazał w ofercie jako podwykonawcę w zakresie 5 % wartości zamówienia. Spośród 7 zamówień wykazanych w treści w/w tabeli tylko budowy wymienione pod pozycją nr 6 spełniają warunek minimalnej wartości zrealizowanego zamówienia, jednakże nie spełniają warunku charakteru i złożoności technologicznej porównywalnej z zakresem udzielanego zamówienia. Zdaniem Zamawiającego oczywistym i nie budzącym żadnych wątpliwości jest, iż opis wskazanych w pkt. 6 tabeli umów nie zawiera tak ważnych i

skomplikowanych z punktu widzenia zakresu udzielanego zamówienia (24 sztuk według projektu) przepompowni ścieków oraz przyłączy kanalizacyjnych (550 sztuk według projektu). Dokonana przez Zamawiającego ocena doświadczenia zawodowego znajduje potwierdzenie w treści referencji, które w wymienianym zakresie rzeczowym robót wykonanych przez podwykonawcę również nie podają przepompowni ścieków oraz przyłączy kanalizacyjnych.

Kolejnym argumentem, który potwierdza brak legitymowania się doświadczeniem w zakresie charakteru i złożoności wykonanych robót z przedmiotem niniejszego zamówienia jest, zdaniem Zamawiającego, podana zarówno w poz. 6 tabeli jak i w referencjach długość wykonanych kanalizacji -18 000 mb. Według Projektu technicznego długość sieci kanalizacji sanitarnej przedmiotu zamówienia wynosi 77 096 mb.

Zamawiający wskazał, iż warunki udziału w postępowaniu dotyczące doświadczenia zawodowego zostały opisane w sposób jasny i czytelny. Istotą stawiania warunków udziału w postępowaniu, jest chęć współpracy zamawiającego z podmiotami, które legitymują się określonym doświadczeniem w przedmiocie zamówienia będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający zobligowany jest do dokonywania ich analizy i jedynie ich brak lub też wadliwość możliwa jest do skorygowania przez zastosowanie art. 26 ust.3 ustawy Pzp. Na potwierdzenie swoich argumentów Zamawiający przywołał wyrok KIO z 10.10.2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 1255/09.

Z treści art. 22 ust. 2 ustawy Pzp wynika obowiązek zamawiającego formułowania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, aby nie utrudniał on uczciwej konkurencji. Obowiązek ten nie może być utożsamiany z nakazem dopuszczenia wszystkich podmiotów do udziału w postępowaniu, również tych, które nie posiadają stosownego doświadczenia. Zamawiający zobowiązany jest również określić warunki udziału w taki sposób, aby do realizacji zamówienia został dopuszczony wyłącznie wykonawca posiadający doświadczenie w realizacji zadań zapewniające należyte wykonanie zamówienia, przy czym określenie warunku jest obowiązkiem i uprawnieniem zamawiającego, który dokonując tej czynności zobowiązany jest brać pod uwagę przedmiot zamówienia, cel przedsięwzięcia oraz zapewnienie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. W odniesieniu do powyższego Zamawiający przywołał wyrok KIO z 29.01.2010 r. o sygn. akt KIO/UZP 1862/09.

Zamawiający wskazał ponadto, iż warunki udziału w postępowaniu służą weryfikacji wykonawców z punktu widzenia posiadanych uprawnień, wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, kadrowego i ekonomicznego, w celu dopuszczenia do udziału w postępowaniu jedynie tych wykonawców, którzy dają rękojmię należytego wykonania

zamówienia. Z jednej strony, zamawiającemu przysługuje uprawnienie do sformułowania warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś strony, na zamawiającym ciąży obowiązek określenia ich w taki sposób, który pozwoli na wyłonienie wykonawców zdolnych do wykonania konkretnego zamówienia. Powyższe wymaga od zamawiającego uwzględnienia warunków zamówienia, w szczególności jego przedmiotu, wielkości, stopnia skomplikowania. Nie wszystkie podmioty posiadające uprawnienia do prowadzenia określonego rodzaju działalności zamawiający ma obowiązek dopuścić do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na potwierdzenie powyższego przywołał wyrok KIO z dnia 21.01.2010 r. o sygn. akt, KIO/UZP 1905/09. Skomplikowany technicznie charakter udzielanego zamówienia tj. budowa kanalizacji w trudnych warunkach geologicznych (wysoki poziom wód gruntowych oraz przejście siecią kanalizacyjną pod rzeką Wisłok i pod trasą autostrady A-4), wymaga Wykonawcy doświadczonego.

Dodatkowo Zamawiający wskazał, że Odwołujący w swej ofercie nie przedłożył żadnego dokumentu, który potwierdziłby jakąkolwiek własną wiedzę i doświadczenie dotyczące zakresu udzielanego zamówienia. Powoływanie się przez wykonawcę na wiedzę i doświadczenie podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, a sprecyzowanych przez zamawiającego w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tychże warunków ( art. 22 ust.4 pzp ) musi mieć charakter rzeczywisty w tym znaczeniu, że zasoby te będą wykorzystywane przy wykonywaniu zamówienia. Trudno uznać za rzeczywiste odwołanie się do doświadczenia Zakładu Instalacji Elektrycznych i Teletechnicznych „ ELDAN” Daniel Murawski, który jako podwykonawca realizować ma 5 % wartości udzielanego zamówienia, co pozostaje w ocenie Zamawiającego w oczywistej sprzeczności z art. 26b ustawy Pzp .

Wskazać również należy, że referencje wystawione przez firmę EMPEBEPE „Budoremont, w Mysłowicach są podpisane niezgodnie z umocowaniem zawartym w KRS - powinny być podpisane przez dwóch członków zarządu tj. Pana Słapek Stanisław - Prezes Zarządu i Pana Kraszewski Sławomir - Członek Zarządu. Aktualnie brak jest możliwości uzupełnienia tegoż dokumentu albowiem firma ta funkcjonowała na rynku 9 miesięcy, uległa likwidacji i została z dniem 12.12.2007 r. wykreślona z KRS -u.

Skoro treść oferty Odwołującego nie potwierdzała w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości, że wykonawca wykazał w sposób minimalny spełnienie warunków udziału w postępowaniu, to w kontekście art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. pkt 5 ustawy Pzp zamawiający posiadał pełne prawo do nie wzywania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów tj. aktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego

i oświadczenia, że osoby, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia.

Zamawiający podkreśla ponadto, że treść odwołania pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią art. 180 ust. 3 w związku z przepisem art. 192 ust. 3 ustawy Pzp. Zarówno żądania zawarte na stronie 2 odwołania jak i wnioski (różniące się w swej treści) sprecyzowane na stronie 3 nie znajdują potwierdzenia w procedurze udzielania zamówienia trybie przetargu nieograniczonego a wręcz ich uwzględnienie doprowadziłoby do jej naruszenia (kompetencji zamawiającego i zakresu rozstrzygnięcia KIO wskazanego w art. 192 ust.3 pzp.).

Odwołanie nie wskazuje żadnych okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania, co w kontekście art. 179 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnia jego odrzucenie na podstawie art. 189 ust.2 pkt 2 pzp, bądź nie powinno być rozpatrywane - art. 187 ust 1 pkt 1 ustawy Pzp. również w związku z niezachowaniem wymogów formalnych sprecyzowanych w § 4 ust. 1 pkt 2, pkt 4, pkt 7, pkt 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań.

Zamawiający wskazał, że przedstawiony stan faktyczny i prawny dotyczący procedury udzielanego zamówienia wskazuje, że odwołanie jest bezzasadne i pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych .

W dniu **23.04.2010 r.** do Prezesa KIO wpłynęło przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania przez wykonawcę WODROL S.A. z siedzibą w Rzeszowie.

Zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie, względnie odrzucenie odwołania.

W uzasadnieniu zgłaszający przystąpienie wskazał, iż Zdaniem Przystępującego, odwołanie wniesione przez Zakład Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o. winno zostać oddalone jako oczywiście bezzasadne i pozbawione jakichkolwiek podstaw prawnych i faktycznych.

Wbrew stanowisku odwołującego, Zamawiający nie miał obowiązku wzywać odwołującego do uzupełnienia dokumentów. Z treści oferty Zakładu Instalatorstwa i Teletechniki „Łączbud” Sp. z o.o. jednoznacznie wynika, że nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli zamawiający ma pewność, że oferta i tak zostanie odrzucona (choćby jako konsekwencja wykluczenia wykonawcy), to w świetle art. 26 ust. 3 pzp nie wzywa do uzupełnienia dokumentów.



Potwierdzeniem braku spełniania warunków przez odwołującego jest chociażby fakt, że odwołujący nie dołączył do odwołania dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków, co jest powszechnie przyjętą praktyką w podobnych sprawach. Dołączając te dokumenty odwołujący wykazałby się chociażby interesem prawnym w uzyskaniu zamówienia (w treści całego odwołania brak chociażby jednego słowa na temat interesu prawnego odwołującego we wnoszeniu odwołania). Brak interesu prawnego powoduje niemożność rozpoznawania odwołania.

Ponadto, zdaniem Przystępującego, odwołanie zawiera liczne błędy formalne. W szczególności wnioski Odwołującego nie są możliwe do spełnienia, albowiem w świetle art. 192 ust 3 pzp, Krajowa Izba Odwoławcza nie może uchylić czynności wyboru oferty ani unieważnić czynności odrzucenia oferty (może wyłącznie nakazać unieważnienie tych czynności, ale taki wniosek nie został złożony). Również kolejne żądania odwołującego nie mogą zostać uwzględnione, albowiem KIO nie ma możliwości dokonać czynności analizy i oceny ofert, nie mówiąc już o wyborze oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, które to czynności są zastrzeżone wyłącznie dla Zamawiającego. W związku z powyższym, jak wskazał Przystępujący, Krajowa Izba Odwoławcza winna oddalić odwołanie, albowiem nie ma prawnej możliwości uwzględnienia wniosków w nim zawartych, a na tym etapie, wobec upływu terminu, odwołujący nie może modyfikować wniosków odwołania.

Odwołanie nie zawiera również obligatoryjnych elementów wskazanych w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, takich jak wskazanie numeru ogłoszenia o zamówieniu oraz wskazanie danych teleadresowych (faks, telefon, mail) stron postępowania. Ponadto brak w odwołaniu żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania - w odwołaniu nie ma wniosku o uwzględnienie odwołania.

Zgodnie z art. 187 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie podlega rozpoznaniu, jeżeli nie zawiera braków formalnych - ponieważ przedmiotowe odwołanie zawiera wiele braków formalnych nie powinno być rozpatrywane.

Interes prawny Przystępującego w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego wynika z faktu, że w razie oddalenia lub odrzucenia przedmiotowego odwołania, zamówienie zostanie ostatecznie przyznane Przystępującemu.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 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 uzasadnieniem wykluczenia Odwołującego z postępowania, jego ofertą, postanowieniami SIWZ, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, stanowiskiem Przystępującego, 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. Jednocześnie 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 unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz nakazania powtórnego badania, oceny ofert, jak również dokonania powtórnego wyboru oferty najkorzystniejszej, z uwagi na złożenie przez tego ostatniego w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oferty najkorzystniejszej ekonomicznie w oparciu o kryteria oceny ofert ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Zamawiający w toku rozprawy nie podtrzymał podniesionych w odpowiedzi na odwołanie zarzutów skutkujących odrzuceniem odwołania. Izba uznała ponadto, iż zarzuty Przystępującego skutkujące odrzuceniem odwołania, bądź jego oddalenie ze względu na brak interesu w jego wniesieniu nie znalazły potwierdzenia.

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 oferty złożonej w postępowaniu przez Odwołującego, treści SIWZ wraz z załącznikami, uzasadnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz ze stanowisk stron 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 SIWZ wraz z załącznikami, oferty Odwołującego oraz wyjaśnień i oświadczeń stron złożonych na rozprawie.

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

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Izba uznała, iż zasługuje on na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie ww. zarzutu.

Po pierwsze Izba ustaliła, iż składanie ofert w przedmiotowym postępowaniu miało miejsce w dniu 22.03.2010 r.

Po drugie Izba w odniesieniu do powyższego zarzutu ustaliła, iż z analizy postanowień SIWZ, w tym w szczególności opisu warunków udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków (Rozdział SIWZ) wynika, iż Zamawiający żądał m. in. od wykonawców, aby nie podlegali oni wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W zakresie posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia wykazali, że wykonali w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, zrealizowanych, co najmniej jednego zamówienia, o charakterze i złożoności technologicznej porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia (zawierające elementy robót: budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej z przepompowniami ścieków i przyłączami kanalizacyjnymi) o wartości co najmniej równej 4.000.000,00 zł. W Rozdziale IX SIWZ w pkt 1.2.3 żądał, aby dysponowali potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia.

W Rozdziale X SIWZ w pkt 1 lit. b Zamawiający na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków żądał m. in. załączenia wraz z ofertą wykazu wykonanych w okresie ostatnich pięciu lat przed upływem terminu składania ofert robót budowlanych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem i wartością robotom budowlanym stanowiącym przedmiot zamówienia – wg wzoru „Doświadczenie w zakresie wykonawstwa”.

W Rozdziale X SIWZ pkt 1 lit. c Zamawiający żądał złożenia wykazu potencjału technicznego oraz osób i podmiotów, które będą wykonywać zamówienie lub będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówieni, wraz z informacją na temat ich kwalifikacji niezbędnych do wykonania zamówienia, a także zakresu wykonywanych przez nich czynności wg wzoru „Potencjał Kadrowy” oraz „Potencjał techniczny” lub pisemnego zobowiązania innych podmiotów do oddania do dyspozycji osób lub potencjału technicznego na okres korzystania z ich pracy przy wykonywaniu zamówienia.

W Rozdziale X SIWZ pkt 2 lit. c Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą aktualnego zaświadczenia właściwego Naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków, lub zaświadczenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości decyzji właściwego organu – wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący w złożonej ofercie na stronach 5 i 6 zawarł wykaz w zakresie doświadczenia w zakresie wykonawstwa (załącznik nr 2 do oferty) w treści którego jedynie w pozycji nr 6 znalazły się roboty odpowiadające co do wartości robotom wskazanym w SIWZ przez Zamawiającego. Ponadto jak wynika z listu referencyjnego dołączonego na str. 12 oferty Odwołującego wykonawcą wskazanych w poz. 6 wykazu robót był Zakład Instalacji Elektrycznych i Teletechnicznych „ELDAN”. Wykonawca ten został wskazany w treści formularza ofertowego (pkt 9) wchodzącego w skład oferty Odwołującego jako podwykonawca w zakresie części robót wynoszącym 5% ich wartości. Na str. 14 oferty Odwołującego znajduje się ponadto oświadczenie z dnia 15.02.2010 r. złożone przez wykonawcę Zakład Instalacji Elektrycznych i Teletechnicznych „ELDAN” Daniel Murawski, z którego treści wynika, iż w ramach realizacji przedmiotu zamówienia udostępni Odwołującemu jako podwykonawca całą posiadaną wiedzę i doświadczenie oraz potencjał techniczny poprzez oddanie mu do dyspozycji wszystkich swoich zasobów na okres korzystania z nich przez Odwołującego przy wykonaniu zamówienia.

Na str. 15 oferty Odwołującego został dołączony wykaz potencjału kadrowego (załącznik nr 3 do oferty), w treści którego został wskazany jako Kierownik budowy pan Brunon K., zaś jako kierownik robót elektrycznych pan Piotr L. Wraz z wykazem Odwołujący załączył także dokumenty tychże osób potwierdzające, że posiadają one uprawnienia do pełnienia samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie oraz zaświadczenia o przynależności do właściwej izby samorządu zawodowego i posiadaniu wymaganego prawem ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej.

Ponadto Izba ustaliła, że załączone wraz z ofertą Odwołującego zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego zostało wystawione w dniu 17.12.2009 r.

W dniu **15.04.2010 r.** Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o wykluczeniu Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym uznał jego ofertę za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż wykluczył Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp gdyż Odwołujący:

- nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu (zgodnie z Rozdziałem IX pkt 1.2.1. SIWZ wykonawca miał wykazać, że wykonał w okresie ostatnich 5 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co najmniej jedno zamówienie, o charakterze i złożoności technologicznej porównywalnej z zakresem niniejszego zamówienia (zawierającego elementy robót: budowa kanalizacji sanitarnej grawitacyjnej i tłocznej z przepompowniami ścieków i przyłączami kanalizacyjnymi) o wartości co najmniej równej 4.000.000,00 zł;
- nie przedłożył oświadczenia, że osoby które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia posiadają wymagane uprawnienia (zgodnie z Rozdziałem X pkt 1 lit d SIWZ);
- nie przedłożył aktualnego zaświadczenia z Urzędu Skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków.

Jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku rozprawy nie wezwał on Odwołującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, tudzież do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zamawiający w toku rozprawy oświadczył, iż przywołane przez Odwołującego argumenty oraz wskazane na ich potwierdzenie orzecznictwo dotyczy treści art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 przed nowelizacją. Wskazał również, iż na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przed nowelizacją nie miały on wątpliwości i wezwałby do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. Wskazał również, że z załącznika nr 2 do oferty, tj. oświadczenia w zakresie wykonawstwa, wynika, iż dokument ten nie spełniał minimalnych wymagań zawartych w SIWZ. Na uzasadnienie swojego stanowiska wskazuje, iż podyktowane ono było dokonaną w oparciu o ostatnią nowelizację ustawy Pzp zmianą treści art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, gdyż w jego obecnej treści, nie ma wyraźnego odesłania do art. 26 ust. 3. Wobec powyższego wskazuje, iż art. 26 ust. 3 nie miał w przedmiotowym stanie faktycznym zastosowania na kanwie nowych przepisów. W odniesieniu do oświadczenia naczelnika US Zamawiający wskazał na nową treść art. 22 ust. 1 oraz art. 25 ust. 1 i art. 24 ust. 1 pkt 3, które wskazują zdaniem Zamawiającego, iż w nowym stanie prawnym brak zaświadczenia z Urzędu Skarbowego, powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania. Tym samym, Zamawiający wskazał, iż art. 26 ust. 3 i 4 należy inaczej odczytywać, w związku z dokonaną nowelizacją w oparciu o nową treść art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 22 ust. 1. Ponadto wskazał, iż zakres robót wskazany w pozycji 6 załącznika nr 2 do oferty

Odwołującego potwierdza, iż nie spełnia on minimalnych wymagań, tj. nie posiada doświadczenia w wykonaniu kanalizacji sanitarnej, w skład której wchodziły m.in. przyłącza i przepompownie. Zdaniem Zamawiającego, z wykazu tego nie wynika, aby Odwołujący posiadał doświadczenia w wykonaniu kanalizacji obejmującej przepompownie lub przyłącza. Tym samym wskazał, iż wykonawca ten podlegał wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4. Brak było podstaw w przedmiotowym stanie faktycznym do wezwania na podstawie art. 26 ust. 3.

Izba w powyższym zakresie wskazuje na uzasadnienie projektu ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1591) na mocy której doszło do zmiany treści art. 24 ust. 2 ustawy Pzp. Zawarte w druku sejmowym nr 2154 (Sejmu RP VI kadencji) uzasadnienie w części szczegółowej wskazuje, że: „W nowelizacji proponuje się oddzielić warunki udziału w postępowaniu, tj. posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, wiedzy i doświadczenia, dysponowanie odpowiednim potencjałem oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia, znajdowanie się w odpowiedniej sytuacji ekonomicznej i finansowej (art. 22 ust. 1) od przesłanek wykluczenia wykonawców z postępowania (art. 24)”. Powyższe wskazuje, iż należy również uznać, że uchylenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp w jego brzmieniu sprzed nowelizacji jest uzasadnione tym, że podstawy wykluczenia nie są zależne od braku dokumentów składanych przez wykonawców na potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, lecz brakiem wykazania (również w toku wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp) braku podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym wykluczenie wykonawcy z postępowania następuje wskutek nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 w brzmieniu nadanym na podstawie tzw. „małej nowelizacji”), nie zaś wskutek jedynie nie złożenia oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnienie tych warunków (art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp sprzed nowelizacji). Wszakże dopiero następstwem nie złożenia dokumentów lub oświadczeń, lub ich bezskutecznego wyjaśnienia lub uzupełnienia jest brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do zaświadczenia o braku zaległości w opłacaniu podatków Izba stoi na stanowisku, iż zmiana art. 24 ust. 2 ustawy Pzp nie ma wpływu na treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp a zatem brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający nie ma obowiązku wezwania do uzupełnienia zaświadczenia naczelnika urzędu skarbowego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z uiszczaniem podatków (art. 24 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp). Wszakże treść art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie uległa zmianie wskutek ostatnich dwóch nowelizacji ustawy. Tym samym obowiązek ten odnosi się nadal do dokumentów, o których mowa w art.

25 ust. 1 ustawy Pzp. Wykładnia literalna art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, iż przepis ten zawiera dwie odrębne normy prawne. Zdanie pierwsze ww. przepisu wyraża ogólną zasadę, iż w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie dokumentów lub oświadczeń niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z powyższej normy prawnej wynika reguła, że zamawiający w odniesieniu do konieczności wykazania braku podstaw do wykluczenia przez wykonawcę może żądać zawsze dokumentów i oświadczeń potwierdzających ten fakt, zaś w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz potwierdzenia, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone zamawiającego tylko wtedy, kiedy odpowiednio zamawiający dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu lub postawił wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia. Druga norma prawna zawarta w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp wskazuje jedynie miejsce, w którym zamawiający zamieszcza informację o żądanych przez siebie dokumentach i oświadczeniach. Nie oznacza to jednak, iż zawarte w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odesłanie do art. 25 ust. 1 ustawy Pzp powoduje, iż oświadczenia i dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia wykonawcy nie mogą być uzupełniane w oparciu o instytucję uregulowaną w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wszakże dokumenty i oświadczenia dotyczące braku podstaw do wykluczenia są dokumentami niezbędnymi do przeprowadzenia postępowania, tym samym należy uznać, iż to również o nich stanowi norma prawna wyrażona w zdaniu pierwszym art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Z zawartej w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp normy prawnej wynika bardziej ogólna zasada, która stanowi, że w przypadku gdy zamawiający nie dokonał opisu sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (nie doprecyzował warunków wskazanych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp) to brak jest po jego stronie prawa do żądania dokumentów na ich potwierdzenie. Izba stoi także na stanowisku, iż wśród dokumentów, o których stanowi art. 25 ust. 1 zadanie pierwsze ustawy Pzp, tj. dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania znajdują się również pełnomocnictwa. Bowiem jeżeli z kontekstu i treści oferty wynika, iż została ona podpisana przez pełnomocnika to zgodnie z przepisami o reprezentacji i pełnomocnictwach zawartymi w ustawie z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny w zw. z art. 9 ust. 1 i art. 14 ustawy Pzp pełnomocnictwo staje się dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, tj. niezbędnym do wykazania, iż oferta została złożona i podpisana przed podmiot uprawniony i właściwie umocowany do reprezentowania wykonawcy lub wykonawców wspólnie ubiegających się do o udzielenie zamówienia publicznego. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zgodnie z treścią art. 26 ust. 2a ustawy Pzp żądał złożenia wraz z ofertą w celu wykazania, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania zaświadczenia potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem podatków. Tym samym działanie Zamawiającego na etapie

sporządzania treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu spowodowało, iż dokument w postaci zaświadczenia właściwego naczelnika urzędu skarbowego stał się dokumentem niezbędnym do przeprowadzenia postępowania, o którym jest mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec powyższego dokument ten podlegał obowiązkowej procedurze uzupełnienia uregulowanej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Izba w powyższym zakresie podziela ugruntowane w orzecznictwie stanowisko, iż czynność wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz w konsekwencji odrzucenia jego oferty ze względu na brak wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu jest czynnością ostateczną, tzn. jej dokonanie przez Zamawiającego winno zostać poprzedzone wezwaniem, do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jeżeli załączone do oferty dokumenty budzą jego wątpliwości lub wezwaniem na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń, jeżeli zawierają one błędy lub nie zostały one złożone wraz z ofertą. Na powyższe wskazuje użycie kategorię zwrotu „zamawiający wzywa (...)” w treści art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Dopiero jeżeli z ustalonej w drodze wyjaśnień treści załączonych pierwotnie z ofertą dokumentów i oświadczeń lub z oświadczeń i dokumentów uzupełnionych w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie będzie wynikać, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu Zamawiający jest zobligowany do wykluczenia takiego wykonawcy i w konsekwencji uznania jego oferty za odrzuconą.

Dla oceny dopuszczalności uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 3 Pzp decydujące znaczenie ma możliwość zaklasyfikowania do jednej z dwóch grup, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. do grupy dokumentów podmiotowych lub dokumentów przedmiotowych. Na powyższe wskazuje jednoznacznie wskazanie zawarte w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który jednoznacznie odnosi się do dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym zawarty w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie delegacji ustawowej zwartej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp zamknięty katalog dokumentów, w zakresie dokumentów podmiotowych i ich przykładowy katalog, w odniesieniu do dokumentów przedmiotowych potwierdza, które z dokumentów winny być przedmiotem wezwań z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

Jedynie konieczność odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo ich złożenia w wyniku uzupełnienia lub konieczność unieważnienia postępowania z urzędu może zwolnić Zamawiającego z obowiązku wezwania wykonawcy na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający jednak nie wykazał, aby którakolwiek z powyższych okoliczności miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu (w zakresie unieważnienia) lub w odniesieniu do oferty Odwołującego (w zakresie odrzucenia oferty).



Tym samym Zamawiający w pierwszej kolejności obowiązany jest do podjęcia wskazanych w ustawie Pzp procedur sanacyjnych, i dopiero po ich wyczerpaniu wykluczenia wykonawcy z postępowaniu lub odrzucenia złożonej przez niego oferty.

Wobec powyższego Izba uznała, iż Zamawiający nie miał faktycznych oraz prawnych podstaw do zaniechania zastosowania instytucji uregulowanej w art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp wobec oferty złożonej przez Odwołującego, tym samym jego wykluczenie z postępowania było czynnością przedwczesną i bezpodstawną.

Tym samym Izba nie podziela poglądu Zamawiającego wyrażonego w toku rozprawy, że w wyniku nowelizacji ustawy Pzp oraz zmiany brzmienia art. 24 ust. 2 pkt 4 odpadła konieczność stosowania art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp.

W zakresie wskazanego w treści odwołania naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp Izba stwierdziła, iż brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia ww. przepisu. Zamawiający, wskutek wykluczenia Odwołującego z postępowania, nie dopuścił jego oferty do etapu oceny ofert na podstawie określonych w SIWZ kryteriów oceny. Tym samym uznanie, iż doszło do naruszenia powyższego przepisu nie znajduje potwierdzenia w istniejącym stanie faktycznym, gdyż byłoby to stwierdzenie przedwczesne.

W odniesieniu do wskazanego w treści odwołania naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Izba stoi na stanowisku, że każde naruszenie przepisów ustawy Pzp mające lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania stanowi o naruszeniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców. Odstąpienie od wezwania odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp spowodowało, że Pominięcie stosowania w postępowaniu jakiegoś przepisu w stosunku do jednego z wykonawców i to nawet przepisu p.z.p., którego nie ma potrzeby ani obowiązku stosowania w stosunku do pozostałych wykonawców, jest naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców.

Tym samym biorąc pod uwagę, iż zarzut naruszenia art. 7 ust. 1, art. 24 ust 4, art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp potwierdziły się przedmiotowe odwołanie podlegało uwzględnieniu stosownie do treści art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego stwierdzenie naruszenia któregośkolwiek z przepisów wskazanych w treści odwołania obliuguje Izbę do uwzględnienia odwołania na podstawie 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. 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) w tym w szczególności § 5 ust. 2 pkt 1.

**Przewodniczący:**

.....