

WYROK
z dnia 27 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27 kwietnia 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2011 r. przez **Radosława Romanowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma-Usługowo-Handlowa JOT Romanowski Radosław, 97–500 Radomsko, ul. Piwna 1/9** od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 35–055 Rzeszów, ul. Naruszewicza 18**

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz powtórzenie czynności oceny oferty Odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 35–055 Rzeszów, ul. Naruszewicza 18:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Radosława Romanowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma-Usługowo-Handlowa JOT Romanowski Radosław”, 97–500 Radomsko, ul. Piwna 1/9**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., 35-055 Rzeszów, ul. Naruszewicza 18** na rzecz **Radosława Romanowskiego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Firma-Usługowo-Handlowa JOT Romanowski Radosław”, 97–500 Radomsko, ul. Piwna 1/9** kwotę **17 000 zł 00 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uiszczonego wpisu od odwołania oraz uzasadnione koszty strony, obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „odbiór i zagospodarowanie osadów ściekowych wytwarzanych w oczyszczalni ścieków dla miasta Rzeszowa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 stycznia 2011 r., pod nr 2011/S 19-030760.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz odrzucenia oferty jego firmy, pomimo że oferent wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz przedstawił najkorzystniejszą ofertę, co stanowi naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”,
2. czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z tego powodu, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podczas, gdy w wyniku właściwej oceny oferty i wyboru oferty Odwołującego zaoferowana cena nie przewyższała kwoty wskazanej przez Zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 7 ustawy Pzp,
3. zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień, dotyczących dokumentów złożonych w zakresie ustalenia, czy potwierdzają one spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o stanowi naruszenie przepisu art. 26 ust 4 ustawy Pzp,
4. żądania od Odwołującego załączenia dokumentów w postaci map geodezyjnych, nie wskazując, jakie warunki udziału w postępowaniu dokumenty te mają potwierdzać, co stanowi naruszenie przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 138 c ust 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego i unieważnienia postępowania oraz nakazanie dokonania ponownej oceny ofert z ewentualnym wezwaniem do wyjaśnień i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podaje, iż w istocie do oferty nie dołączył map geodezyjnych gruntów, na których mają zostać zastosowane komunalne osady w celach określonych w art. 43 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach oraz (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243 ze zm.) oraz programu odzysku lub unieszkodliwiania komunalnych osadów ściekowych z uwzględnieniem okresu zimowego z dokładnym opisem sposobu zagospodarowania oraz ze wskazaniem miejsca stosowania osadu. Jednakże na wezwanie

Zamawiającego, przy piśmie z dnia 18 marca 2011r. Odwołujący dostarczył żądane dokumenty. Ponadto, Odwołujący, zgodnie z żądaniem Zamawiającego, złożył stosowne oświadczenie, w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień. Pomimo wypełnienia przez Odwołującego nałożonych na niego obowiązków, Zamawiający dokonując oceny ofert wykluczył Odwołującego i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Jarema Akryl oraz Euro - Moto - Trans Sp. z o.o., ale z uwagi na fakt, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, postępowanie zostało unieważnione.

Dalej Odwołujący podniósł, iż podstawą decyzji Zamawiającego było ustalenie, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ złożone przez niego, w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia dokumentów, mapy geodezyjne zostały poświadczane za zgodność z oryginałem w dacie wypadającej po terminie składania ofert. W konsekwencji Zamawiający uznał, że przedłożone mapy nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin do składania ofert.

Odwołujący podkreślił, że w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) nie został wskazany warunek udziału postępowania, który mógłby być potwierdzony poprzez złożenie map geodezyjnych. W konsekwencji doszło do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu bez żadnej podstawy prawnej, bowiem Odwołujący wykazał, za pomocą załączonych do oferty dokumentów, fakt spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający w pkt 10 SIWZ, zatytułowanym „Inne dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu zgodnie z art. 138c ust 1 pkt 2 ustawy”, nie podał, jakie to warunki mają być spełnione, dlatego też przyjęta podstawa prawna wykluczenia tj. 24 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp, zdaniem Odwołującego, nie może mieć zastosowania w niniejszej sprawie.

Zgodnie z treścią art. 138c ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, w odniesieniu do zamówień sektorowych, Zamawiający ma poszerzoną możliwość żądania dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowania. Tak więc, poza dokumentami wymienionymi w rozporządzeniu w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, w postępowaniach prowadzonych w reżimie sektorowych, zamawiający może domagać się dokumentów w rozporządzeniu nie wymienionych. Jednak uprawnienie to doznaje jednego ograniczenia poprzez wskazanie, że żądane dokumenty są niezbędne do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a *contrario* dokumenty, które nie są niezbędne, nie mogą być żądane.

W ocenie Odwołującego, brak wskazania konkretnej okoliczności świadczącej o konieczności przedstawienia map geodezyjnych oraz nie podanie warunku, który za pomocą

tych dokumentów może być potwierdzony, winien skutkować uznaniem, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy. W tej mierze Zamawiający nie może powoływać się jedynie na przepis art. 138c ust. 1 ustawy Pzp, umożliwiający w zamówieniach sektorowych żądanie przedstawienia także innych dokumentów, niż określone w rozporządzeniu wykonawczym, wydanym na podstawie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, lecz niezbędnym było wykazanie, że żądany dokument winien potwierdzać okoliczność ściśle związaną z przedmiotem zamówienia. W przeciwnym razie doszło do nieuzasadnionego mnożenia wymagań, prowadzących do naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Takie stanowisko zostało potwierdzone między innymi w orzeczeniu Zespołu Arbitrów z dnia 18 maja 2004 r., UZP/ZO/0-652/04, LEX nr 195125. W niniejszym postępowaniu Zamawiający zażądał przedstawienia map geodezyjnych nie wskazując nawet, jakie warunki mają one potwierdzać. O ile bowiem w kontekście przepisów ustawy o odpadach można uznać za uzasadnione żądanie wykazania tytułów prawnych do nieruchomości, poprzez przedłożenie umów dzierżawy, to już żądanie przedłożenia map, zdaniem Odwołującego, stanowi rażące naruszenie przepisów ustawy.

Jednocześnie niezależnie od powyższej argumentacji Odwołujący wskazuje, że przedłożone mapy niewątpliwie potwierdzają stan faktyczny istniejący na gruntach na dzień składania ofert. Oznaczenie geodezyjne działek odbywa się za pomocą numerów geodezyjnych, które są stałe i niezmiennie. Jeżeli na skutek czynności geodezyjnych ulegają zmianie powierzchnie działek, to wówczas dotychczasowe oznaczenie numeryczne jest zastępowane nowym. Co więcej, na podstawie załączonych przez Odwołującego wypisów z ewidencji gruntów, Zamawiający mógł bez żadnych wątpliwości ustalić, czy załączone mapy odpowiadają swojej treścią stanowi sprzed daty składania ofert. Numery geodezyjne działek znajdujące się na ww. wypisach z ewidencji gruntów oraz numery działek znajdujące się na mapach pokrywają się, zatem nie może budzić wątpliwości fakt, że uległy one zmianie. Ponadto, zakwestionowana przez Zamawiającego data „potwierdzenia za zgodność” jest w istocie datą wykonania materialno- technicznej czynności potwierdzenia kopii za zgodność z oryginałem. Żadna okoliczność nie wskazuje na fakt, że załączone mapy nie były aktualne na dzień składania ofert.

W ocenie Odwołującego, nie powinien budzić wątpliwości pogląd, że dokumenty złożone w wyniku wezwania Zamawiającego, mogą być wystawione przez właściwy organ lub wykonawcę przed datą, w której upłynął termin składania wniosków lub ofert lub po tej dacie (w tym również po dacie wezwania do uzupełnienia). Winny jednak potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Podtrzymując swoje stanowisko, co do braku podstaw do żądania map geodezyjnych, Odwołujący wskazuje, że przedstawione mapy niewątpliwie odzwierciedlały stan faktyczny istniejący na gruntach na dzień składania ofert, bowiem działki nie mogły zmienić swojego położenia.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

W pkt 10 SIWZ Zamawiający wymienił dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, żądane na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, stanowiąc, iż w przypadku odzysku zgodnego z art. 43 ust. 1 ustawy o odpadach do oferty należy dołączyć:

1. wykaz gruntów, na których mają zostać zastosowane komunalne osady, w celach określonych w art. 43 ust. 1 ustawy o odpadach oraz mapy geodezyjne,
2. tytuł własności gruntów, na których komunalne osady ściekowe mają być stosowane,
3. w przypadku, gdy stosowanie komunalnych osadów ściekowych odbywać się będzie na gruntach dzierżawionych, należy dostarczyć kopię umowy dzierżawy, potwierdzonej „za zgodność z oryginałem” oraz pisemną zgodę właściciela dzierżawionego gruntu na stosowanie osadów ściekowych,
4. oświadczenie Wykonawcy, że grunty wymienione w punkcie 1 nie są objęte zakazami w myśl art. 43 ust. 6 ustawy o odpadach i spełniają wymagania § 2 pkt 4 i 5 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 13 lipca 2010 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych,
5. oświadczenie Wykonawcy, że grunty, na których mają być stosowane komunalne osady ściekowe znajdują się na terenie województwa podkarpackiego,
6. program odzysku lub unieszkodliwiania komunalnych osadów ściekowych z uwzględnieniem okresu zimowego z dokładnym opisem sposobu zagospodarowania oraz ze wskazaniem miejsca stosowania osadu.

Pismem z dnia 14 marca 2011 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia następujących dokumentów, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu:

1. map geodezyjnych dla działek o powierzchni 141,35 ha: w miejscowości Jedlicze – 110,43 ha, w miejscowości Wróblík Królewski – 19,94 ha, w miejscowości Haczów – 10,98 ha,
2. programu odzysku lub unieszkodliwiania komunalnych osadów ściekowych z uwzględnieniem okresu zimowego z dokładnym opisem sposobu zagospodarowania oraz ze wskazaniem miejsca stosowania osadu.

Ponadto, działając zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, Zamawiający wezwał do wyjaśnienia treści oświadczenia złożonego do oferty poprzez wykazanie, czy grunty wskazane w ofercie są jedynymi gruntami, na które będą wywożone osady, a jeżeli tak, to czy zgodnie z oświadczeniem, zostaną zachowane wymogi określone przepisami ustawy o odpadach, w tym dotrzymane zostaną dopuszczalne dawki osadów ściekowych stosowanych na gruntach.

Zamawiający poinformował jednocześnie Odwołującego, iż powziął informację, że wskazane przez Wykonawcę grunty o powierzchni 110,43 ha położone w miejscowości

Jedlicze będą wykorzystywane przez tego Wykonawcę do celów stosowania osadów z innej oczyszczalni ścieków, a na działkach nr 940/1 we Wróbliku Królewskim i działkach nr 658, 665, 666 w Haczowie były już stosowane osady ściekowe. W związku z tym, według Zamawiającego, dojdzie do przekroczenia dopuszczalnej dawki osadów stosowanych na tych gruntach. Zaś, zgodnie z wymogami cytowanej ustawy, do realizacji zamówienia kwalifikują się tylko wykazane w ofercie grunty o powierzchni 110,43 ha, położone w miejscowości Jedlicze. Na pozostałe wskazane grunty Wykonawca nie przedłożył wymaganych dokumentów, gdyż załączone do oferty umowy są zawarte z właścicielami gruntów na odbiór osadów ściekowych od Wykonawcy, co jest niedopuszczalne w świetle art. 43 ust. 1 pkt 1a ww. ustawy, gdyż zgodnie z przywołaną regulacją, komunalne osady ściekowe mogą być przekazywane właścicielowi, dzierżawcy lub innej osobie władającej nieruchomością, na której mają być zastosowane, wyłącznie przez wytwórcę osadów.

W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego (pismo z dnia 18 marca 2011 r.), Odwołujący przedstawił mapy geodezyjne dla działek w miejscowości Jedlicze, Wróblik Królewski, Haczów, wymienionych przez Zamawiającego oraz przedłożył plan zagospodarowania komunalnych osadów ściekowych, złożył również wyjaśnienia. Odwołujący oświadczył, iż komunalne osady ściekowe o kodzie 19 08 05, powstające w Oczyszczalni Ścieków w Rzeszowie, zgodnie z treścią oświadczenia złożonego do oferty, będą zagospodarowywane zgodnie z przepisami prawa, według rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie komunalnych osadów ściekowych z dnia 13 lipca 2010 r. Osady będą zagospodarowane metodą odzysku R10, przyrodniczo zgodnie z art. 43 ust. 1 pkt 5 ustawy o odpadach (do uprawy roślin nieprzeznaczonych do spożycia i produkcji pasz), z zachowaniem wymogów określonych przepisami ww. ustawy, w tym dotrzymane zostaną dopuszczalne dawki osadów ściekowych stosowanych na gruntach. Jednocześnie Odwołujący podkreślił, iż obsługuje wiele oczyszczalni m.in. w województwach: łódzkim, śląskim, podkarpackim, małopolskim i sposób zagospodarowania osadów ściekowych nie narusza w żaden sposób wymogów ustawy o odpadach i rozporządzeń wykonawczych.

Ponadto, stosowanie do art. 26 ust. 4 ustawy Pzp Odwołujący wyjaśnił także, że grunty wskazane w ofercie nie są jedynymi gruntami, jakimi dysponuje w województwie podkarpackim, na których mogą być użyte komunalne osady ściekowe z Oczyszczalni Ścieków dla Miasta Rzeszowa. Z uwagi na zakwestionowanie przez Zamawiającego wskazanych w ofercie gruntów, tj. działek nr 940/1 we Wróbliku Królewskim i działek nr 658, 665, 666 w Haczowie oraz zakwalifikowaniu do realizacji gruntów o powierzchni 110,43 ha, położonych w miejscowości Jedlicze, Odwołujący przedstawił również wykaz dodatkowych gruntów, na których mogą być zagospodarowane komunalne osady ściekowe, powstające w Oczyszczalni Ścieków w Rzeszowie, spełniające wymagania SIWZ. W wykazie wskazano grunty o łącznej powierzchni 226,66 ha, położone w miejscowościach: Jaszczew, Moderówka, Zgłobień, Wola

Zgłobieńska, Klęczany, dodatkowo Odwołujący przedstawił również mapy geodezyjne tych gruntów, wypisy z rejestru gruntów i umowy o współpracy w zakresie prowadzenia produkcji rolnej na tychże gruntach.

Pismem z dnia 6 kwietnia 2011 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i uznaniu jego oferty za odrzuconą, na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż *„Wykonawca uzupełnił ofertę w wyznaczonym terminie o mapy geodezyjne dla wskazanych działek, jednak terminy wystawienia map są późniejsze od dnia, w którym upłynął termin składania ofert tj. 28.02.2011 r., w związku z czym nie mogą one zostać uznane przez Zamawiającego, gdyż nie spełniają wymagań art. 26 ust. 3 ustawy Pzp”*. Ponadto Zamawiający poinformował, iż *„zmiana lub wycofanie oferty możliwa jest jedynie, zgodnie z dyspozycją art. 84 ust. 1 ustawy przed upływem terminu do składania ofert, w związku z czym Zamawiający przy ocenie oferty nie mógł uwzględnić nowych gruntów przedłożonych przez Wykonawcę pismem z dnia 18.03.2011 r.”*

Jednocześnie Zamawiający poinformował, *„że ze względu na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty, przedmiotowe postępowanie zostało unieważnione na mocy art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy.”*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia przepisu art. 25 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 138c ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp należy uznać za spóźniony. Odwołujący kwestionując bowiem celowość żądania map geodezyjnych i zaniechanie sformułowania warunku udziału w postępowaniu, który za pomocą rzeczonych map miałby być potwierdzony, w istocie swoje zarzuty kieruje do treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Tymczasem, zgodnie z przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień SIWZ, wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia SIWZ na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Izba ustaliła, iż wypełnione zostały przesłanki, o których mowa w przepisie art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp, a przy uwzględnieniu okoliczności, iż publikacja ogłoszenia miała miejsce w dniu 28 stycznia 2011 r., odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ należało wnieść do dnia 7 lutego 2011 r. Niedotrzymanie powyższego terminu powoduje, iż Odwołujący traci możliwość skutecznego domagania się zbadania przez Izbę zarówno treści ogłoszenia o zamówieniu, jak i postanowień SIWZ. Zaniechanie podjęcia działań w ściśle określonym terminie pozwala na

przyjęcie, iż Odwołujący godzi się z treścią ogłoszenia i postanowieniami SIWZ, a w konsekwencji jest zobowiązany do wypełnienia wymogów tam wyrażonych. Oznacza to, iż w niniejszym postępowaniu wymóg dostarczenia map geodezyjnych gruntów, na których mają być zagospodarowywane osady komunalne, jest wiążący i na obecnym etapie postępowania nie podlega, z przyczyn, o których była mowa wyżej, weryfikacji. W żadnym razie nie zasługuje na ochronę postępowanie Odwołującego, który akceptuje postanowienia SIWZ do czasu, kiedy spełnienie żądań Zamawiającego nie budzi wątpliwości, a w sytuacji, w której Zamawiający negatywnie ocenia ich spełnienie, podejmowane są próby wykazania braku podstaw do ich sformułowania.

Słuszny natomiast okazał się zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza stoi na stanowisku, iż czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania była nieprawidłowa. Po pierwsze wskazać należy, iż Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, bowiem przedłożył mapy geodezyjne wystawione po terminie składania ofert. Zauważyć bowiem należy, iż przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nakazuje Zamawiającemu wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów, których nie złożyli lub, które zawierają błędy. Ustawodawca zatem nie ograniczył możliwości uzupełnienia dokumentów jedynie do tych, które najpóźniej w dniu składania ofert zostały wystawione, a które z jakich przyczyn nie zostały dołączone do oferty. Zatem, uzupełnienie może dotyczyć wszystkich brakujących dokumentów, składanych na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu, z tym jedynie zastrzeżeniem, że z przedmiotowych dokumentów musi wynikać fakt spełnienia warunku udziału w postępowaniu, najpóźniej na dzień składania ofert. Przyjęcie stanowiska przeciwnego, nie tylko nie miałoby oparcia w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ale przeczyłoby również intencji ustawodawcy, który stanowiąc powoływany przepis, dążył do stworzenia możliwości „naprawienia” ofert w sytuacji, gdy jedynie okoliczności formalne a nie faktyczne uzasadniają wykluczenie wykonawcy z postępowania. Pozyskiwanie więc dokumentów przez wykonawców, uzupełnianych na żądanie zamawiającego, po terminie złożenia oferty jest jak najbardziej dopuszczalne. Nie sposób bowiem zakładać, iż dokument, który nie został dołączony do oferty znajdował się w posiadaniu wykonawcy na dzień składania ofert. Jeśli wykonawca takim dokumentem nie dysponuje, to może go uzyskać w terminie wskazanym przez zamawiającego do dokonania uzupełnień.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący tak właśnie uczynił. Nie dołączył map geodezyjnych, został przez Zamawiającego wezwany do ich uzupełnienia i przedstawił mapy, które dla miejscowości Haczów i Wróblik Królewski zostały wydane przed terminem składania ofert, zaś dla miejscowości Jedlicze zostały pozyskane w dniu 3 marca 2011 r. W tych okolicznościach nie potwierdziło się stanowisko Odwołującego, iż podstawą wykluczenia Odwołującego z postępowania jest okoliczność przedłożenia dla miejscowości Haczów i

Wróblík Królewski map geodezyjnych, wystawionych po dniu składania ofert, co Zamawiający przyznał również na rozprawie. Zaś, co do terminu wystawienia mapy dla miejscowości Jedlicze stwierdzić należy, iż nie może on być kwestionowany z przyczyn, o których była mowa wyżej. W świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp istnieje bowiem możliwość przedstawienia dokumentu, który został wydany po terminie składania ofert. Nie oznacza to jednak, jak twierdzi Zamawiający, że data ta wskazuje jednocześnie, iż dopiero w tym terminie Odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu. Jest to absolutnie niedopuszczalne w sytuacji, w której Odwołujący nie wiedział, jaki warunek ma potwierdzić. Nie mógł zatem złożyć oświadczenia o spełnieniu warunku, który ten dokument miał potwierdzać, a jedynie możliwe było przedstawienie żądanego dokumentu. Z całą stanowczością podkreślić należy, iż Zamawiający nie może wyciągać negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy z tej przyczyny, iż działania wykonawcy nie idą w parze z intencją Zamawiającego, nie wyrażoną w SIWZ. Zaś, aktualność tychże map Zamawiający mógł zweryfikować w oparciu o przedstawione przez Odwołującego wypisy z rejestru gruntów. Niemniej jednak i w tym miejscu należy uczynić uwagę, iż sformułowanie warunku udziału w postępowaniu i katalogu dokumentów, służących potwierdzeniu jego spełniania jest instytucją odrębną od aktualności dokumentu. Zamawiający zaś zdaje się te dwie okoliczności w sposób nieuprawniony utożsamiać. Tymczasem, również wymogów Zamawiającego, odnośnie terminu wydania map geodezyjnych na próżno szukać w SIWZ. Stąd też w ocenie Izby, zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp należy uznać za chybiony, skoro bowiem nie sformułowano warunku udziału w postępowaniu nie sposób żądać wyjaśnień odnośnie tegoż nieokreślonego warunku.

Podkreślenia wymaga również, iż stanowisko Zamawiającego charakteryzuje się dużą niekonsekwencją, co oczywiście nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców. Z jednej bowiem strony Zamawiający, w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów, żąda przedstawienia map geodezyjnych dla miejscowości Jedlicze, Haczów i Wróblík Królewski, z drugiej zaś strony, w tym samym piśmie, wskazuje, iż grunty położone w miejscowości Haczów i Wróblík Królewski dla celów zagospodarowania osadów ściekowych nie nadają się. Jednocześnie zaś, jak wynika z informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Zamawiający ocenia dostarczone mapy, dotyczące wszystkich wymienionych miejscowości i błędnie stwierdza, że wszystkie mapy zostały wystawione po wymaganym terminie. Nadto, w wezwaniu Zamawiający wskazuje, iż określone grunty nie będą mogły być wykorzystywane i jednocześnie uznaje za nieprawidłowe wskazanie przez Odwołującego nowych gruntów, które spełniają wymagania Zamawiającego. Wewnętrznie sprzeczne stanowisko Zamawiającego z pewnością nie sprzyja prawidłowemu wykonaniu oczekiwań Zamawiającego, jednakże błędy w tym zakresie z pewnością nie mogą obarczać Odwołującego.

Reasumując, mapy geodezyjne zostały przedstawione przez Odwołującego zgodnie z wezwaniem Zamawiającego, a data ich wydania (wystawienia) nie może być utożsamiana z

datą spełnienia warunku udziału w postępowaniu tym bardziej, że warunek nie został sprecyzowany. Fakt niezakwalifikowania gruntów położonych w miejscowości Haczów i Wróblík Królewski nie wynika z informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, wręcz przeciwnie, Zamawiający potwierdził, iż przedmiotowe grunty nie mogą być wykorzystane na potrzeby niniejszego postępowania z tej tylko przyczyny, iż nie przedstawiono odpowiednich map geodezyjnych. W tym względzie, wiąże Zamawiającego podstawa faktyczna czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania podana w informacji o wykluczeniu Wykonawcy z postępowania i w tym zakresie podlega badaniu przez Izbę. Posiłkowanie się informacją zawartą we wcześniejszych pismach Zamawiającego nie znajduje uzasadnienia, zważywszy chociażby na przepis art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Ewentualne wskazywanie przez Zamawiającego innych podstaw faktycznych uzasadniających wykluczenie Odwołującego z postępowania nie podlega badaniu Izby, gdyż nie zostały wyartykułowane jako przyczyna czynności wykluczenia z postępowania, wobec której zostało wniesione odwołanie.

W niniejszym postępowaniu należy zwrócić jeszcze uwagę na kolejną, istotną niekonsekwencję Zamawiającego. Skoro Zamawiający twierdził, że grunty położone w miejscowości Haczów i Wróblík Królewski nie spełniają jego wymagań to powinien był nie wzywać do uzupełnienia map geodezyjnych, dotyczących działek położonych w tychże miejscowościach, a żądać wskazania innych działek. Ponadto, z jednej strony Zamawiający stoi na stanowisku, iż wskazanie nowych gruntów stoi w sprzeczności z dyspozycją art. 84 ust. 1 ustawy Pzp, z drugiej zaś strony na rozprawie oświadcza, iż grunty te oceniał, ale nie kwalifikują się do wykonania zamówienia z powodu terminu wydania mapy (po terminie składania ofert). Stąd też, w sytuacji, w której Odwołujący uzupełnił brakujące dokumenty i wskazał nowe grunty, nieuprawnione jest twierdzenie Zamawiającego, w świetle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, iż grunty te nie mogą być brane pod uwagę. Stanowisko orzecznictwa w tym przedmiocie jest od lat ugruntowane i sprowadza się do twierdzenia, iż dokumenty zawierające błędy podlegają uzupełnieniu, przy czym dopuszczalna jest wykładania, iż można przedstawić inny dokument, a nie jedynie ten sam, ale już nie zawierający błędów. Zaś, przepis art. 84 ustawy Pzp dotyczy jedynie zakazu zmian, które nie dają się pogodzić z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Dowody przedstawione na rozprawie przez Odwołującego Izba uznała za nieprzydatne, gdyż przedmiotem sporu nie była okoliczność terminu przyjęcia spornych map geodezyjnych do zasobu geodezyjnego.

W tych okolicznościach czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za nieuzasadnioną. Skoro bowiem czynność wykluczenia Odwołującego z postępowania obarczona jest błędem, a cena za realizację zamówienia zaproponowana przez Odwołującego (1.187.136,00 zł) mieści się w kwocie przeznaczonej przez Zamawiającego na wykonanie zamówienia (2.091.000,00 zł), to brak podstaw do

unieważnienia postępowania z przyczyn podanych przez Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz uzasadnione wynagrodzenie pełnomocnika Odwołującego w kwocie 2.000,00 zł.

Przewodniczący:

.....