

Sygn. akt: KIO 242/15

WYROK
z dnia 20 lutego 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 lutego 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lutego 2015 r. przez wykonawcę Astaldi S.p.A. w Rzymie, w postępowaniu prowadzonym przez PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. w Warszawie, przy udziale:

- 1) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: PORR Polska SA w Warszawie, PORR Bau GmbH w Wiedniu oraz Przedsiębiorstwa Robót Mostowych „Mosty – Łódź” SA w Łodzi,
- 2) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: Budimex SA w Warszawie oraz Ferrovial Agroman SA w Madrycie

zgłaszających przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Astaldi S.p.A. w Rzymie i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr [dwudziestu tysięcy złotych zero groszy] uiszczoną przez wykonawcę Astaldi S.p.A. w Rzymie, tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od Odwołującego Astaldi S.p.A. w Rzymie, na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr [trzech tysięcy sześćset złotych, zero groszy], stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych [tj. Dz. U. z 2013 r. poz. 907], na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie.

Skład orzekający:

Uzasadnienie

I. Zamawiający – PKP Polskie Linie Kolejowe SA w Warszawie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu ograniczonego na „*Wykonanie robót budowlanych dla zadania POLiŚ 7.1-55*”*Budowa Łącznicy kolejowej Kraków – Zabłocie – Kraków Krzemionki*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6 czerwca 2014 r. pod numerem 2014/S 108-189420.

II. Zamawiający w dniu 30 stycznia 2015 r. zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wynikach oceny wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Wykonawcy, których Zamawiający na tym etapie zaprosił do złożenia oferty otrzymali następujące ilości punktów:

- 1) konsorcjum STRABAG - 250 pkt;
- 2) konsorcjum POL-AQUA -186 pkt;
- 3) konsorcjum INTERCOR - 173 pkt;
- 4) konsorcjum PORR - 147 pkt;
- 5) konsorcjum BUDIMEX -142 pkt;

III. Powyższa ocena wniosków spotkała się z odwołaniem złożonym przez Odwołującego, który zakwestionował czynności Zamawiającego, polegające na wadliwej ocenie Jego wniosku, w konsekwencji czego nie został zaproszony do dalszego udziału w postępowaniu, bowiem, zamiast 266 otrzymał jedynie 110 punktów, co uplasowało go na pozycji poza pierwszą piątką wykonawców zakwalifikowanych do postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust 1, art. 8 ust 1 i 2 i art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, a w oparciu o tak wyartykułowane zarzuty, wniósł o unieważnienie oceny swojego wniosku oraz dokonanie powtórnej oceny tego wniosku a w konsekwencji o zaproszenie do dalszego udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu Odwołania Odwołujący podniósł następującą argumentację, mającą potwierdzać zasadność stawianych zarzutów:

[1] Zamawiający w swojej ocenie pominął obiekt przedstawiony w poz. 33 nie przyznając za niego punktów, ale też nie uzasadniając w żaden sposób jego nieuwzględnienia.

[2] Abstrahując od niekompletności tego uzasadnienia, Odwołujący uważa, że otrzymał zbyt małą liczbę punktów, bowiem przystępując do przedmiotowego postępowania założył, że Zamawiający zachowa się zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz zgodnie z ustalonymi przez siebie zasadami przyznawania punktów i pozwoli Odwołującemu wyjaśnić wątpliwości dotyczące poszczególnych pozycji Wykazu wykonanych robót, które mogą dotyczyć przedstawionych obiektów referencyjnych spełniających postawiony warunek lub ich charakterystyki, a także wyjaśnić lub uzupełnić, w niektórych przypadkach, dokumenty składane na potwierdzenie spełnienia warunku na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy.

Odwołujący podał, że ponieważ postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu ograniczonego, czyli jest procedurą dwuetapową, zgodnie z przepisami [art. 47 i nast. ustawy] w pierwszym jej etapie prowadzi się kwalifikację wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert. Zgodnie z treścią art. 51 ustawy, jeżeli liczba wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, jest większa niż określona w ogłoszeniu, zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców wyłonionych w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny. O wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełniania tych warunków zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców, którzy złożyli wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Skoro zatem Zamawiający ma obowiązek dokonać oceny spełniania warunków i na tej podstawie wyłonić w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny grupę wykonawców zaproszonych do kolejnego etapu postępowania, to przede wszystkim musi ustalić w jakim stopniu [zakresie] wykonawcy spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek. Oznacza to, że stawiany przez Zamawiającego warunek stanowiący podstawę takiej oceny nie ma i nie może mieć [odmiennie niż w przypadku postępowania jednoetapowego np. przetargu nieograniczonego] charakteru warunku minimalnego. W przypadku postępowania jednoetapowego [np. przetargu nieograniczonego] wystarczy bowiem spełnić warunek na poziomie minimalnym aby pozostać w postępowaniu, natomiast w przypadku postępowania wieloetapowego [np. przetargu ograniczonego] - może to nie być wystarczające. W wieloetapowym postępowaniu należy wykazać się jak najwyższym stopniem spełniania warunku.

W praktyce opis sposobu dokonywania oceny spełniania danego warunku udziału w postępowaniu polega na ustaleniu wzorca referencyjnego i wprowadzeniu ograniczenia ilościowego. Tak też jest w przypadku przedmiotowego postępowania. Zamawiający w ogłoszeniu zawarł warunek, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy spełniający warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia tj. tacy, którzy wykonali we wskazanym okresie, w szczególności „b) budowę lub przebudowę [w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane] co najmniej pięciu obiektów typu most, wiadukt lub

estakada [o długości co najmniej 1 przęsła minimum 30 metrów], w tym budowa lub przebudowa [w rozumieniu ustawy Prawo Budowlane] co najmniej jednego wiaduktu kolejowego [o długości co najmniej 1 przęsła minimum 30m]".

Warunek ten można spełnić wykazując zarówno 5/pięć, jak i 6/sześć, 20/dwadzieścia, 50/pięćdziesiąt, czy jak Odwołujący - 130 obiektów referencyjnych. Obowiązkiem Zamawiającego jest natomiast ustalenie w jakim stopniu każdy z uczestników postępowania spełnia postawiony warunek.

Aby zadość uczynić ustawowemu wymogowi wyłonienia wykonawców, którzy będą zaproszeni do składania ofert, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, Zamawiający ustalił zasady przyznawania punktów za obiekty przedstawione w Wykazie wykonanych robót, w sposób następujący: *„Jeżeli liczba Wykonawców, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu będzie większa niż 5, Zamawiający zaprosi do składania ofert Wykonawców, którzy otrzymają najwyższe oceny spełniania warunków udziału według następujących zasad: za każde zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zadanie, spełniające warunki określone w Sekcji III.2.3) w zakresie warunku określonego w ppkt III.1.b) [...] Wykonawca otrzyma: - za każdą realizację jednego obiektu typu most kolejowy, wiadukt kolejowy lub estakada kolejowa [o długości co najmniej 1 przęsła minimum 30 metrów] - 3 punkty; - za każdą realizację jednego obiektu typu most, wiadukt lub estakada [o długości przęsła minimum 30 metrów] - 2 punkty z jednoczesnym ograniczeniem do tych zamówień, „które zostały zrealizowane siłami własnymi Wykonawcy.”*

Aby Zamawiający mógł, zgodnie z ustawą i zgodnie ustalonymi przez siebie zasadami przyznać punkty za każde zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zadanie, spełniające warunki określone w Sekcji III.2.3) ppkt III.1.b) ogłoszenia o zamówieniu, powinien:

Po pierwsze - ustalić, które z przedstawionych przez Odwołującego 130 obiektów spełniają warunek określony w Sekcji III.2.3) ppkt III.1,b) ogłoszenia o zamówieniu czyli, które z nich to obiekty typu most, wiadukt lub estakada [o długości przęsła minimum 30 metrów] lub typu most kolejowy, wiadukt kolejowy lub estakada kolejowa [o długości co najmniej 1 przęsła minimum 30m] i jednocześnie zostały zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Po drugie [żeby powyższe ustalić] - wezwać Odwołującego, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, do złożenia brakujących, zawierających błędy lub wadliwych dokumentów potwierdzających, że obiekty referencyjne wymienione w wykazie spełniają postawiony przez

Zamawiającego warunek lub, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących tych dokumentów - jako że wezwanie w tym zakresie dotyczy ustalenia zakresu spełniania warunku udziału w postępowaniu. Nie chodzi tu wezwanie do uzupełnienia listy obiektów referencyjnych zawartej w Wykazie zrealizowanych zamówień o dodatkowe obiekty, bowiem to stanowiłoby zmianę oświadczenia wykonawcy [a nie uzupełnienie dokumentów], co jest oczywiście niedopuszczalne.

Po trzecie - po przeanalizowaniu uzyskanych wyjaśnień i złożonych dokumentów, przyznać punkty według ustalonych przez siebie zasad, czyli przyznać, je za każde zrealizowane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zadanie, spełniające warunki określone w Sekcji I11.2.3) w ppkt III.1.b) ogłoszenia o zamówieniu oraz na tej podstawie dokonać ostatecznej klasyfikacji wskazując wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków udziału i zostaną zaproszeni do składania ofert.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający nie dopełnił tych obowiązków, czyli nie wezwał Odwołującego do złożenia stosownych dokumentów i przedstawienia odpowiednich wyjaśnień w celu ustalenia zadań przedstawionych w Wykazie, które powinny podlegać ocenie bowiem są zadaniami spełniającymi postawiony przez Zamawiającego w ogłoszeniu warunek. Odwołujący podał, że nie domaga się od Zamawiającego umożliwienia zmiany złożonego przez siebie oświadczenia o wykonanych obiektach referencyjnych, zawartego w złożonym Wykazie wykonanych robót, a jedynie domaga się możliwości dokonania stosownych wyjaśnień dotyczących wykazanych obiektów oraz wyjaśnień lub uzupełnień dokumentów stanowiących dowody potwierdzające, że roboty te zostały wykonane w sposób należyty oraz wskazujące, że zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone.

Wykaz obiektów referencyjnych zawarty we Wniosku Odwołującego zawiera 130 obiektów, spośród których Zamawiający uznał jedynie 53 obiekty, przyznając za nie 110 pkt. Zdaniem Odwołującego, w wyniku uznania stosownych wyjaśnień i uzupełnień Odwołujący powinien był otrzymać 266 punktów, co oznacza, że powinien być zaproszony do dalszego udziału w postępowaniu. Zamawiający pozbawił Odwołującego możliwości złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków. Problem możliwego zakresu wyjaśnień czy uzupełnień dokumentów nie został do tej pory w sposób jednoznaczny rozwiązany w polskim systemie zamówień publicznych. Zarówno praktyka, jak i piśmiennictwo czy orzecznictwo nie są w tej materii zgodne. Na gruncie prawa europejskiego przedmiotową kwestię reguluje art. 51 dyrektywy 2004/18/WE stanowiąc, że: *„Instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art 45-50 lub o ich wyjaśnienie”*. Podstawą

materialną objętą niniejszą regulacją są wcześniejsze artykuły 45 do 50 dyrektywy, które to artykuły odnoszą się do:

- 1] art 45 - podmiotowej sytuacji kandydata lub oferenta, w którym ustawodawca unijny wskazuje na obligatoryjne i fakultatywne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania;
- 2] art. 46 - predyspozycji do prowadzenia działalności gospodarczej - czyli wpisu do rejestru zawodowego, posiadania ewentualnego zezwolenia czy obowiązkowe członkostwo w określonej organizacji zawodowej;
- 3] art. 47 - sytuacji ekonomicznej i finansowej;
- 4] art. 48 - kwalifikacji technicznych i/lub zawodowych;
- 5] art. 49 - norm zapewnienia jakości;
- 6] art. 50 - norm zarządzania środowiskiem.

Zakres możliwych wyjaśnień i uzupełnień dokumentów być przedmiotem orzeczenia TSUE w sprawie C-336/12 Manova. Sąd wskazał w nim, że: *„zgodnie z utrwaloną praktyką orzeczniczą Klagenævnet for Udbud art 51 dyrektywy 2004/18 i generalna zasada równego traktowania stoją na przeszkodzie wzywaniu kandydatów przez instytucję zamawiającą do uzupełnienia informacji wymaganych jako warunek rozpatrzenia kandydatury lub oferty, których kandydaci ci nie podali [pkt 21].”* Sąd zatem stoi na stanowisku, że sam wykonawca nie może w ramach uzupełnienia zmienić swego własnego oświadczenia zawartego we wniosku czy ofercie, którego zmiana wpłynęłaby na ocenę spełniania warunku udziału w postępowaniu. Jest to całkowicie zrozumiałe i bardzo roztropne, bowiem takie zezwolenie wykonawcy na dokonywanie zmian w złożonych przez samego siebie oświadczeniach skutkować może zachwianiem konkurencji i złamaniem zasady przejrzystości. Po upływie terminu składania wniosków czy ofert nie powinno być zatem możliwe dokonywanie w ich treści zmian prowadzących w istocie do zmiany oświadczeń woli zawartych w tych dokumentach. W następnych punktach TSUE nieco łagodzi generalny zakaz zmiany oferty, stanowiąc, że: *„32 Trybunał zaznaczył jednak, że art 2 dyrektywy 2004/18 nie stoi na przeszkodzie poprawieniu lub uzupełnieniu szczegółów oferty, zwłaszcza jeżeli w sposób oczywisty wymaga ona niewielkiego wyjaśnienia lub poprawienia oczywistych błędów materialnych [ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 40]”*, wyznaczając tym samym nieprzekraczalną granicę dokonywania takich poprawek w sporządzonych przez siebie samego oświadczeniach. Na etapie prekwalifikacji, po pojęciem niewielkiego wyjaśnienia nie można rozumieć zmian decyzji samego wykonawcy odnoszących się do wskazanego przez niego samego potencjału czy kwalifikacji. Taką niedozwoloną praktyką byłoby zezwolenie wykonawcy na zamianę proponowanych na określone stanowiska osób czy dopisywanie do pierwotnie zgłoszonych, innych obiektów referencyjnych. Dalej Trybunał

wskazał w tym wyroku szereg wymagań, jakie towarzyszą możliwości zwrócenia się do oferenta na piśmie o wyjaśnienie oferty. I tak:

„34 Po pierwsze, żądanie wyjaśnienia oferty, które może mieć miejsce dopiero po zapoznaniu się przez instytucję zamawiającą ze wszystkimi ofertami, należy skierować bez różnicy do wszystkich oferentów znajdujących się w podobnej sytuacji [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 42,43].

35 Następnie, żądanie musi dotyczyć wszystkich elementów oferty wymagających wyjaśnienia [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 44].

Ponadto żądanie to nie może prowadzić do rezultatu porównywalnego w istocie do przedstawienia przez oferenta nowej oferty [zob. podobnie ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko in., pkt 40].

36 Wreszcie generalnie rzecz biorąc, korzystając z możliwości zwrócenia się do oferentów o wyjaśnienie ofert, instytucja zamawiająca ma obowiązek traktować oferentów w sposób równy i lojalny, tak by żądania wyjaśnień nie można było uznać po zakończeniu procedury wyboru ofert i w świetle jego wyniku za nieuzasadnione bardziej lub mniej korzystne traktowanie oferenta lub oferentów, do których zażądanie takie skierowano [ww. wyrok w sprawie SAG ELV Slovensko i in., pkt 41].

37 Powyższe zasady, dotyczące ofert złożonych przez oferentów, można zastosować do zgłoszeń składanych przez kandydatów na etapie preselekcji w procedurze ograniczonej.

38 Instytucja zamawiająca może więc zażądać poprawienia lub uzupełnienia w szczegółach informacji przedstawionych w zgłoszeniu, pod warunkiem że dotyczy to informacji lub danych, jak publikowane sprawozdania finansowe, co do których można obiektywnie ustalić że pochodzą sprzed daty upływu terminu zgłoszeń.

39 Trzeba jednakże dodać, że inaczej jest w sytuacji, gdy materiały dotyczące zamówienia wymagają przedstawienia brakującego dokumentu lub informacji pod rygorem wykluczenia. Instytucja zamawiająca powinna bowiem ściśle przestrzegać ustanowionych przez siebie kryteriów [zob. podobnie wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Rec. s. 1-3801, pkt II SJ].

Powołane wyżej tezy orzeczenia w sprawie Manova w sposób jasny kreślą zakres uprawnień i obowiązków instytucji zamawiającej. Podkreślić należy, że w postępowaniu będącym przedmiotem odwołania Zamawiający w sposób wybiórczy zastosował procedurę wyjaśnień i uzupełnień dokumentów umożliwiając ich złożenie jedynie w pewnym zakresie, przecząc tym samym tezie 35 z omawianego orzeczenia. Zamiast bowiem poprosić o wyjaśnienia wszystkich elementów wniosku zamawiający wybrał wyłącznie te, które dotyczyły spełniania minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Gdyby jeszcze Zamawiający zamieścił

w ogłoszeniu o postępowaniu informację, że będzie stosował taką właśnie zasadę, to można byłoby próbować uzasadnić taką decyzję wcześniejszym podaniem do wiadomości wykonawców tej zasady. Tak się jednak nie stało i w związku z tym wykonawcy mieli pełne prawo oczekiwać, że zostaną wezwani do złożenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów w granicach dozwolonych przepisami.

Odwołujący podał, że domagając się wezwania do uzupełnienia dokumentów nie zamierza uzupełniać dokumentów o wykaz dodatkowych obiektów referencyjnych [co stanowiłoby także niedopuszczalną zmianę złożonego oświadczenia, a nie jedynie uzupełnienie dokumentu], lecz jedynie mieć szansę udowodnienia, że zamieszczone w wykazach obiekty spełniają Wymagania zamawiającego i powinny być uwzględnione w ocenie.

Przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie rozstrzyga czy ewentualne uzupełnienie dokumentów miałyby nastąpić jedynie na potrzeby wykazania spełnienia warunku w wersji minimum [w procedurach jednoetapowych], czy na potrzeby wykazania spełnienia warunku w stopniu wyższym od minimum ze względu na prowadzoną w odrębnym etapie kwalifikację [w procedurach wieloetapowych]. Zakres możliwego uzupełnienia jest zatem uzależniony od trybu, w którym prowadzone jest postępowanie i faktu czy procedura przewiduje przeprowadzenie odrębnego etapu kwalifikacji, czy nie. Nie ma jednak wątpliwości, że w obu tych przypadkach uzupełnianie dokumentów dokonywane jest na potrzeby ustalenia czy i w jakim zakresie wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Potwierdzeniem takiego stanowiska jest wyrok KIO 1918/10 z dnia 20 września 2010 r., w którym Izba stwierdziła: *„Spór pomiędzy zamawiającym a odwołującym sprowadza się do możliwości zastosowania art 26 ust. 3 Pzp tj. wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów mających potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w sytuacji, gdy wykonawca wykazał, iż te warunki spełnia, jednak uzupełnienie brakujących dokumentów pozwoliłoby mu ewentualnie uzyskać większą liczbę punktów. Ustosunkowując się do zarzutów odwołania Izba podkreśla, iż w przetargu ograniczonym, w przeciwieństwie do przetargu nieograniczonego, nie wystarczy, że wykonawca wykaże, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Poza ustaleniem bowiem, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, zamawiający zobowiązany jest dokonać oceny spełnienia przez tych wykonawców warunków podmiotowych, zgodnie z treścią ogłoszenia tj. zgodnie z opisem sposobu przyznawania punktów w zakresie danego warunku. Każdy wykonawca, który spełnia warunek podmiotowy lepiej niż inny wykonawca, otrzymuje większą ilość punktów - odpowiednią do określonej w treści ogłoszenia i przedstawionymi przez wykonawcę dokumentami. Zamawiający zaprasza do składania ofert wykonawców, którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków [art. 51 ust. 1a i 2 ustawy]. Dlatego też*

niezwykle istotnym jest w takiej sytuacji, aby zamawiający dokładnie wyjaśnił w odniesieniu do każdej pozycji wskazanej na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, ale jednocześnie będącej przedmiotem oceny [punktacji], czy dostawa wskazana w danej pozycji istotnie spełnia bądź nie postawiony warunek i czy w konsekwencji należy za jej w wykonanie przyznać punkt, zwłaszcza, że od tego jest uzależnione dalsze uczestnictwo wykonawcy w postępowaniu [zaproszenie do składania ofert]. Zamawiający może zatem wyjaśnić treść przedłożonych dokumentów działając na podstawie art 26 ust 4 ustawy, jak i, w miarę potrzeby, stosując ust. 3 przywołanego artykułu ustawy; wezwać do uzupełnienia dokumentów. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego - ani art. 26 ust. 3 ustawy, ani żadne inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego [art. 47 i n.] nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania dokumentów, w zależności od tego, czy warunek, na potwierdzenie którego są przedkładane, podlega ocenie stanowiąc podstawę kwalifikacji wykonawców do kolejnego etapu postępowania, czy też nie. Celem oceny spełniania przez wykonawców określonych przez Zamawiającego warunków jest wybór wykonawców [w liczbie określonej w ogłoszeniu], którzy otrzymali najwyższe oceny spełniania warunków także wówczas, gdy powołują się na doświadczenie i wiedzę podmiotu trzeciego korzystając z uprawnienia, które daje im art 26 ust 2 b ustawy. [...] Tym samym odwołujący wykazał, iż spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący wiedzy i doświadczenia. W tym miejscu trzeba zwrócić uwagę, że w okolicznościach analizowanej sprawy zamawiający na podstawie tych samych dokumentów, które były podstawą oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia [wykazy wykonanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające należyłą realizację zamówień] miał dokonać kwalifikacji wykonawców [przyznać punkty], w celu wyłonienia 5 z najwyższą liczbą punktów, których następnie zaprosi do składania ofert [...]". Dodatkowo na potwierdzenie powyższego Odwołujący wskazał wyrok KIO 2816/10; KIO 14/11 z dnia 13.01.2011 r., w którym Izba orzekła „1. W przetargu ograniczonym, w przeciwieństwie do przetargu nieograniczonego, celem wykonawcy w pierwszym etapie postępowania nie jest wyłącznie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, lecz także uzyskanie jak najwyższej oceny spełniania tych warunków [art 51 ust 2 p.z.p.]. Ani art 26 ust 3 p.z.p., ani inne przepisy, w tym odnoszące się do przetargu ograniczonego [art 47 i n. p.z.p.] nie wprowadzają ograniczeń dotyczących zakresu uzupełniania brakujących dokumentów, warunkując dokonanie tej czynności tym, czy wykonawca spełnia minimalne warunki udziału w postępowaniu, czy nie.

2. Zamawiający zobowiązany jest wezwać do uzupełnienia dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., w tym także zobowiązania podmiotu trzeciego, o którym mowa w art. 26 ust. 2b p.z.p., w szczególności, gdy kwalifikacja wykonawców do drugiego etapu postępowania dokonywana jest przez zamawiającego na podstawie tych samych

dokumentów, które stanowią podstawą oceny spełniania warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia."

Żądanie umożliwienia uzupełnienia dokumentów w opisanym zakresie nie jest również sprzeczne z nowszym orzecznictwem KIO, np. ze stanowiskiem KIO zawartym w uchwale KIO/KD 46/13 z dnia 29.05.2013 r., w treści której stwierdzono, że „Przepis art 26 ust 3 p.z.p. podlega wykładni ścisłej - oświadczenia lub dokumenty mogą być uzupełniane wyłącznie na wezwanie zamawiającego oraz wyłącznie, gdy skutkiem niezłożenia oświadczeń lub dokumentów albo złożenia oświadczeń lub dokumentów zawierających błędy wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Z takim rozumieniem normy art. 26 ust. 3 p.z.p. współbrzmi art 51 p.z.p. oddzielający spełnianie warunków udziału w postępowaniu od oceny spełniania tych warunków."

Udowodnienie spełnienia warunków udziału w postępowaniu wieloetapowym [np. przetargu ograniczonym] nie polega na wykazaniu spełnienia warunku w minimalnym zakresie, jak w postępowaniu jednoetapowym [np. przetargu nieograniczonym], lecz na wykazaniu jak największej ilości obiektów referencyjnych spełniających warunek. A zatem, zgodnie z twierdzeniem KIO, czym innym jest ustalenie wykazanego przez wykonawcę zakresu spełnienia warunku [ustalenie, które z wykazanych obiektów spełniają warunek], a czym innym jest ocena spełniania warunku [przyznanie tym obiektom punktów według ustalonej zasady], co jest zgodne z treścią art. 51 ustawy. Warto zwrócić również uwagę na wyrok KIO 2694/13 z dnia 05.12.2013 r. w którym Izba stwierdziła, że: „1. *Tzw. referencje pozbawione są waloru środka służącego wykonawcy do wykazywania spełniania warunków stawianych przez zamawiającego, gdyż taką rolę przypisać można jedynie wykazowi robót budowlanych, usług czy dostaw. Dzięki referencjom wykonawca może potwierdzić należyte wykonanie robót budowlanych, usług lub dostaw. Natomiast dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu jest wyłącznie oświadczenie wykonawcy, składane w formie wykazu robót budowlanych, usług lub dostaw. Zamawiający w postępowaniu nie może zarzucić wykonawcy, na podstawie załączonych przez niego referencji, iż nie spełnia on warunku udziału w postępowaniu."*

Skoro zatem Odwołujący przedstawił w Wykazie wykonanych robót 130 obiektów referencyjnych [a zgodnie z powyższym wyrokiem to wyłącznie Wykaz, jako że stanowi oświadczenie wykonawcy, jest dokumentem służącym do potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu], tym samym w takim stopniu spełnił postawiony warunek. Pozostałe dokumenty, których brak lub treść została zakwestionowana przez Zamawiającego, stanowią jedynie dowody należytego wykonania i prawidłowego ukończenia robót, a zatem podlegają uzupełnieniu.

[3] Odnosząc się szczegółowo do zarzutów zawartych w szcztątkowym uzasadnieniu decyzji o przyznaniu punktów zawartej w Informacji o wynikach ponownej oceny spełniania warunków Odwołujący podał, że domaga się:

1] przyznania punktów za obiekt przedstawiony w poz. 33, który został pominięty przez Zamawiającego;

2] wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia brakujących dokumentów potwierdzających, że obiekty wskazane w poz. 121 i 122 dotyczą inwestycji realizowanej w Mińsku Mazowieckim przez Astaldi, w konsorcjum z PBDiM, na które zostały wystawione referencje oraz przyznania punktów za te obiekty;

3] wezwania do uzupełnienia brakujących, zawierających błędy lub wadliwych dokumentów potwierdzających wykonanie należyte oraz zgodne z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowe ukończenie, a także w niektórych przypadkach wezwania do uzupełnienia brakujących tłumaczeń.

[4] Wezwanie nie musi dotyczyć wszystkich zakwestionowanych przez Zamawiającego obiektów. Uwzględnić należy bowiem fakt, że dokumenty stanowiące dowody ich wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia, wystawiane są przez podmioty trzecie, w szczególności podmioty zagraniczne. A zatem nie muszą one zawierać w swej treści sformułowań użytych w ustawie, rozporządzeniu o dokumentach, czy w treści samego warunku. Potwierdzają to:

Wyrok KIO 927/14 z dnia 23.05.2014 r. *„Składane referencje należy czytać łącznie z oświadczeniem wykonawcy złożonym w wykazie. To oświadczenie wykonawcy stanowi potwierdzenie spełniania warunku, zaś referencje mają na celu jedynie potwierdzić należyte wykonanie zamówienia. Referencje pochodzą od podmiotu trzeciego nie biorącego udziału w postępowaniu; nie są wystawiane na użytek konkretnego postępowania, zatem oczekiwania co do ich treści są nieuzasadnione”*

Wyrok KIO 886/14: KIO 907/14 z dnia 21.05.2014 r.: *„Konieczność potwierdzenia należytego wykonania zamówienia w dokumencie składanym przez wykonawcę nie może oznaczać obowiązku użycia w jego treści określonego zwrotu np. "wykonano należyście". Tym bardziej nie sposób wymagać, aby podmiot zagraniczny, wystawiając swoje referencje posługiwał się sformułowaniami zaczerpniętymi z polskich przepisów. Użycie w innym dokumencie, złożonym przez wykonawcę, a pochodzącym od podmiotu zagranicznego, sformułowania wprost potwierdzającego należyte wykonanie usługi nie oznacza jeszcze, że taka treść dokumentu jest powszechnie obowiązująca w państwie wystawcy dokumentu.”*

Wyrok KIO 364/13: KIO 368/13 z dnia 15.03.2013 r.: „Referencje stanowią jedynie potwierdzenie należytego wykonania usług przedstawionych w wykazie wykonanych usług, i nie muszą przenosić w swej treści wszystkich elementów postawionego warunku, zwłaszcza, że pochodzą od podmiotu trzeciego względem wykonawcy i nie ma on często wpływu na ich treść.”.

Jeżeli zawartość złożonych wraz z Wnioskiem dokumentów nie pozwalała Zamawiającemu ustalić, które z obiektów zamieszczonych w Wykazie wykonanych robót spełniają postawiony przez Zamawiającego warunek, to powinno to skutkować wezwaniem do złożenia wyjaśnień dotyczących ich treści, na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, albo wezwaniem do złożenia dokumentów, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Na rozprawie Odwołujący oświadczył, że cofa zarzut dotyczący nie uznania roboty z pozycji 33, bowiem Zamawiający przyznał za to zadanie 2 punkty.

IV. Zamawiający złożył na rozprawie odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

V. Do postępowania odwoławczego przystąpili po stronie Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego PORR Polska SA w Warszawie, PORR Bau GmbH w Wiedniu oraz Przedsiębiorstwo Robót Mostowych „Mosty – Łódź” SA w Łodzi, a także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego Budimex SA w Warszawie oraz Ferrovial Agroman SA w Madrycie, wykazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której złożone zostało przystąpienie.

I. PRZESŁANKI MATERIALNOPRAWNE, W ROZUMIENIU ART. 179 UST. 1 USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Ustalono, że wykonawca, którego odwołanie podlega rozpatrzeniu, posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych: w razie potwierdzenia podniesionych zarzutów Odwołujący będzie miał szansę na zaproszenie do złożenia oferty, a w konsekwencji - na uzyskanie zamówienia.

II. OCENA ZARZUTÓW PODNIESIONYCH W ODWOŁANIU

Odwołanie podlega oddaleniu.

[1] W sekcji IV.1.2) ogłoszenia zawarto informacje dotyczące zasad oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zasad ustalania najwyższych ocen spełnienia warunków. Zamawiający stwierdził, że *za każde zrealizowane [zbudowane lub przebudowane] zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone zadanie, spełniające warunki określone w Sekcji III.2.3) w zakresie warunku określonego w ppkt III.1.b) przyznawać będzie:*

- 1) *po 2 punkty za każdy obiekt typu most, wiadukt lub estakada [o długości przęsła minimum 30 metrów], oraz*
- 2) *po 3 punkty za każdy obiekt typu most kolejowy, wiadukt kolejowy lub estakada kolejowa [o długości co najmniej 1 przęsła minimum 30 metrów].*

Dla ograniczenia liczby wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert Zamawiający zadeklarował, że weźmie pod uwagę wyłącznie te zamówienia [określone powyżej], które zostały zrealizowane siłami własnymi Wykonawcy. Do dalszego udziału w postępowaniu Zamawiający zadeklarował zaproszenie do składania ofert pięciu wykonawców, którzy uzyskają najwyższe oceny spełnienia warunków udziału.

Odwołujący, na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do doświadczenia oraz na potrzeby wykazania się jak największą liczbą obiektów referencyjnych złożył we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu załącznik nr 3b [str. 258-266], zawierający wykaz wykonanych robót, do którego załączył dokumenty mające, w Jego ocenie potwierdzać ich należyte wykonanie, zgodne z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone [str. 270-450].

Zamawiający w dniu 30 stycznia 2015 r. poinformował ponownie [po uprzednim orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej nakazującym czytelne zaprezentowanie motywów oceny wniosków] Informację o wynikach ponownej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu i otrzymanych ocenach spełnienia tych warunków wraz z uzasadnieniem, z której wynika że do dalszego etapu postępowania zostali zakwalifikowani następujący wykonawcy:

- 1) konsorcjum STRABAG - 250 pkt;
- 2) konsorcjum POL-AQUA -186 pkt;
- 3) konsorcjum INTERCOR - 173 pkt;

- 4) konsorcjum PORR - 147 pkt;
- 5) konsorcjum BUDIMEX -142 pkt;

Odwołujący otrzymał 110 pkt. Zamawiający nie przyznał Odwołującemu punktów za obiekty wymienione w poszczególnych pozycjach Wykazu wykonanych robót załącznik 3b) z następujących powodów:

poz. 5-6 - „w dokumentach poświadczających wykonanie brak zapisów o prawidłowym ukończeniu i zgodności z zasadami sztuki

poz. 34-35 - „w dokumentach poświadczających wykonanie brak zapisów o prawidłowym ukończeniu i zgodności z zasadami sztuki

poz. 49-94 - „brak tłumaczenia dokumentu poświadczającego wykonanie”

poz. 105 -120 - „w dokumentach poświadczających wykonanie brak zapisów o prawidłowym ukończeniu i zgodności z zasadami sztuki budowlanej - kontrakt wymieniony w dokumentach poświadczających”;

poz. 121-122 - „w dokumentach poświadczających wykonanie brak wyszczególnienia, że Astaldi S.pA. było wykonawcą kontraktu”;

poz. 123 - w dokumentach poświadczających wykonanie brak potwierdzenia prawidłowego ukończenia i zgodności z”;

poz. 124-125 - „w dokumentach poświadczających wykonanie brak zapisów o prawidłowym ukończeniu i zgodności z zasadami sztuki

poz. 126-128 - „w dokumentach poświadczających wykonanie brak zapisów o prawidłowym ukończeniu i zgodności z zasadami sztuki

poz. 129-130 - „w dokumentach poświadczających wykonanie brak zapisów o prawidłowym ukończeniu i zgodności z zasadami sztuki”.

[2] Analiza okoliczności faktycznych sprawy determinowała wniosek, iż Zamawiający dokonał prawidłowej oceny wniosku Odwołującego, w zakresie kwestionowanym w odwołaniu. Nie potwierdziły się zatem stawiane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 7 ust 1, art 8 ust 1 i 2 i art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, z niżej przedstawionych powodów.

Po pierwsze, Odwołujący nie kwestionuje samej oceny Zamawiającego co do nieuznania robót ujętych w wymienionych wyżej pozycjach z powodu określonych braków potwierdzających ich prawidłowe ukończenie i zgodność z zasadami sztuki [za wyj. poz. 33, o której Zamawiający nie wspomniał w Informacji, a co do której – jak się okazało Zamawiający finalnie przyznał mu punkty], wskazując nie że są one prawidłowe, ale postuluje ich wyjaśnienie lub uzupełnienie. Nie stanowi bowiem postawienia zarzutu

niewłaściwej oceny dokumentów, twierdzenie w odwołaniu, zgodnie z którym „wezwanie nie musi dotyczyć wszystkich zakwestionowanych przez Zamawiającego obiektów; uwzględnić należy bowiem fakt, że dokumenty stanowiące dowody ich wykonania zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia, wystawiane są przez podmioty trzecie, w szczególności podmioty zagraniczne, a zatem nie muszą one zawierać w swej treści sformułowań użytych w ustawie, rozporządzeniu o dokumentach, czy w treści samego warunku.” Odwołujący nie wskazał bowiem takich pozycji [robót, za które Zamawiający niesłusznie miał nie przyznać punktów], co do których uważa, że z samych dokumentów – bez potrzeby wzywania do wyjaśnienia lub uzupełnienia - wynika potwierdzenie wymagania wykonania robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia, nie a powołuje się na obowiązek Zamawiającego wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów. Nie sposób więc przyjąć, że Odwołujący postawił zarzut niewłaściwej oceny robót, osadzony w nietrafnej ocenie przez Zamawiającego dokumentów potwierdzających wykonanie robót zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowego ich ukończenia, który by zmierzał do wykazania, że w odniesieniu do określonych robót spełniony jest ten warunek, bez potrzeby wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów.

Przypomnienia w tym miejscu wymaga, że każdorazowo, zakres rozstrzygnięcia – po myśli art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania zamawiającego [podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań], pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy [analogicznie stanowi § 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań], odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Orzecznictwo wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. O treści zarzutu decyduje przytoczona podstawa faktyczna, wskazane przez danego odwołującego okoliczności faktyczne, wskazywane uzasadnienie, jak i przypisana im kwalifikacja prawna, szczególnie, że ta kwalifikacja prawna decyduje o uwzględnieniu żądania odwołania. Jak wskazano

w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.*” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w Rzeszowie w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: „*W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięźle przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.*” Reasumując, odwołanie nie może mieć charakteru kadłubowego; powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów. Mając na względzie powyższe wytyczne stawiane przez orzecznictwo sądowe uznano, że nie można przyjąć, by Odwołujący postawił zarzut niewłaściwego nieprzyznania przez Zamawiającego punktów za jakiegokolwiek roboty [poza poz. 33, ale w tej mierze finalnie cofnął zarzut wobec ustalenia, że punkty zostały jednak przyznane], co do których z samych dokumentów, bez potrzeby wzywania do ich wyjaśnienia lub uzupełnienia wynikałoby spełnienie wymagań stawianych przez Zamawiającego.

Po drugie, podkreślenia wymaga, że braki w dokumentach potwierdzających prawidłowe ukończenie i zgodność z zasadami sztuki robót przedstawionych w wykazie mają charakter takich, dla których nie jest wystarczające wyjaśnienie dokumentów, ale ich uzupełnienie. Przykładowo, takie braki w dokumentach jak: *zapisy o prawidłowym ukończeniu i zgodności z zasadami sztuki [poz. 5-6, 34-35, 105-120, 124-125, 126-128, 129-130], zapisy o prawidłowym ukończeniu robót [poz. 123], tłumaczenie dokumentu [poz. 49-*

194], wskazanie, że *Odwołujący był wykonawcą kontraktu [poz. 121-122]* nie mogą być naprawione jedynie wyjaśnieniem tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy a wymagają przedstawienia nowych, prawidłowych dokumentów, zawierających brakujące informacje albo tłumaczenia, a zatem zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy. Ewidentnie zaś naprawienie braku, jakim jest niezłożenie tłumaczeń dokumentów dotyczących obiektów z poz. 49-94 wykazu, której to kwestii *Odwołujący* przypisywał szczególną rolę, nie może nastąpić inaczej, niż poprzez złożenie tłumaczenia, a zatem zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy. W tej mierze bowiem zastosowanie znajduje § 7 ust. 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* [Dz. U. z 2013 r. poz. 231], który przewiduje, że dokumenty sporządzone w języku obcym są składane wraz z tłumaczeniem na język polski; tłumaczenie nie jest wymagane, jeżeli zamawiający wyraził zgodę, o której mowa w art. 9 ust. 3 ustawy. W razie braku tłumaczenia, zastosowanie znajduje art. 26 ust. 3 ustawy.

Izba podziela w tym miejscu stanowisko, zgodnie z którym nie jest dopuszczalne uznawanie – w celu przyznania odpowiedniej punktacji umożliwiającej wyłonienie grona pięciu wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty - doświadczenia uzupełnionego z zastosowaniem regulacji art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w warunkach gdy wykonawca, na podstawie złożonych we wniosku w celu wykazania spełnienia stawianego warunku udziału w postępowaniu dokumentów wykazał spełnienie warunku. Nie jest także dopuszczalne wzywianie do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, w zakresie innym, aniżeli dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, to jest w celu uczestnictwa w postępowaniu, a nie dla uzyskania punktacji umożliwiającej zaproszenie do złożenia oferty – jeśli wnioski złożyła większa liczba wykonawców, aniżeli Zamawiający w ogłoszeniu przewidział zaproszenie do złożenia oferty.

Zasadą jest bowiem, że wykonawca składa poprawny, kompletny, opatrzony wszystkimi wymaganymi w danym postępowaniu w SIWZ i ogłoszeniu dokumentami wniosek, w ustalonym i nieprzywracanym terminie do składania wniosków.

Ustawodawca przewidział przy tym odstępstwo od zasady przedkładania kompletnych i prawidłowych wniosków na dzień ich składania i umożliwił wykazanie spełniania warunków z zastosowaniem instytucji uzupełnienia dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy. Ratio legis przepisu art. 26 ust. 3 ustawy sprowadza się bowiem do tego, aby formalizm postępowania o zamówienie publiczne nie pozbawiał możliwości uzyskania zamówienia wykonawców, którzy przygotowali merytorycznie dobre wnioski, ale w wyniku niedopatrzania, przeoczenia czy zwykłej omyłki,

nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków, choć na ten dzień faktycznie takie warunki spełniają. Wskazuje się przy tym, że przepis art. 26 ust. 3 ustawy nie daje podstawy do wielokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów, nie może także służyć jako instrument służący innym celom, aniżeli wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, względnie uzupełnienie brakującego pełnomocnictwa. Zasadą jest równe traktowanie wykonawców i wykazanie spełnienia warunków na dzień składania ofert lub wniosków, zatem odstępstwo od tej zasady musi być wykładane ściśle; traktowane jako wyjątek od zasady, nie pozwalający na szersze, aniżeli wynikające z jego zakresu, zastosowanie.

Zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy, zamawiający ma każdorazowo obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, jeśli wykonawca nie złożył dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy lub pełnomocnictw, albo złożył dokumenty zawierające wady formalne, a także każdej sytuacji niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dyspozycja tego przepisu odnosi się zatem wyłącznie do dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, potwierdzenia, że oferowany przedmiot spełnia wymagania stawiane przez zamawiającego a także pełnomocnictw. Nie obejmuje to natomiast dokumentów, jakie wykonawca składa w celu uzyskania odpowiedniej punktacji, służącej zakwalifikowaniu go w postępowaniach dwuetapowych do grona wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania oferty.

Dostrzeżenia wymaga, że w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, inną sprawą jest spełnienie warunków udziału w postępowaniu [tego dotyczą regulacje zawarte w art. 22, 25 oraz 26 ustawy Prawo zamówień publicznych], inną zaś ocena w celu wyłonienia grupy wykonawców, których zamawiający zaprosi do składania ofert [co wynika z art. 51 ust. 1 – 3 ustawy w odniesieniu do przetargu ograniczonego, art. 60 d ust. 1 – 4 ustawy w odniesieniu do dialogu konkurencyjnego]. Tylko do pierwszego zakresu, to jest do badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu znajduje zastosowanie regulacja art. 26 ust. 3 ustawy. Oznacza to tyle, że obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów, o którym stanowi powołany przepis [a w konsekwencji – uwzględnienia przy ocenie dokumentów], dotyczy jedynie dokumentów składanych w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu [„warunków minimalnych”, umożliwiających udział w postępowaniu], nie zaś po to, by uzyskać taką lub inną punktację warunkującą zaproszenie do składania oferty.

W świetle przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca ma zatem gwarantowaną przepisami możliwość uzupełnienia dokumentów, w zakresie, w jakim potwierdzają one spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Na skutek

wezwania może więc, nie wpływając jednak na przyszłą ocenę punktową wniosku [tj. nie wykazując większej liczby zamówień podlegających punktacji], potwierdzić, że spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wezwanie takie może zatem nastąpić wyłącznie w odniesieniu do wykazania spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu, gdyż jedynie do tego upoważnia przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z art. 25 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Jeżeli postawiony w postępowaniu warunek udziału w postępowaniu został przyjęty jako kryterium oceny wniosków – w aspekcie wyłonienia grupy wykonawców zakwalifikowanych do dalszego udziału w przetargu ograniczonym, brak jest przesłanek prawnych aby stosować procedurę określoną w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych – wzywania do uzupełniania dokumentów, poza sytuacją, gdy zadania referencyjne w odniesieniu do spełnienia warunków minimalnych także podlegają wliczeniu do punktacji ogółem. Podzielono w tym zakresie ocenę wyrażoną przykładowo w uzasadnieniu wyroków Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 lutego 2012 r. w spr. o sygn. 133/12, z dnia 9 lipca 2013 r. w spr. KIO 1533/13, z dnia 2 kwietnia 2013 r. w spr. KIO 630/13.

Podzielając w pełni pogląd o niedopuszczalności wezwania w postępowaniu dwuetapowym do uzupełnienia dokumentów, w zakresie wykraczającym ponad potrzebę wykazania przez wykonawcę spełnienia stawianego w danym postępowaniu warunku udziału w postępowaniu – za czym przemawia zawężająca i ścisła wykładnia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych [na taką wykładnię wskazuje także przywoływany przez Odwołującego wyrok TSUE C-336/12 Manova] – dostrzeżenia wymaga, że wszystkie czynności w postępowaniu o zamówienie publiczne muszą być rozpatrywane przez pryzmat wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy zasad równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Zwrócić w tym miejscu warto uwagę, że – co wielokrotnie było podkreślane w dotychczasowym orzecznictwie dotyczącym niedopuszczalności uzupełniania dokumentów w celu uzyskania odpowiedniej punktacji w postępowaniach dwuetapowych – w wyniku takiego uzupełnienia nie może nastąpić poprawienie pozycji wykonawcy w zakresie przyznanej punktacji uprawniającej do zaproszenia do złożenia oferty. Podkreślenia bowiem wymaga, że uzupełnianie dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy ma służyć umożliwieniu jak najszerszego dostępu do zamówienia, daniu szansy wykonawcy, który wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu popełnił różnego rodzaju błędy w zakresie złożonych dokumentów, na naprawienie tych niedoskonałości. Wykazywanie spełnienia warunku udziału jest sferą dotycząca dopuszczenia do udziału w postępowaniu, umożliwienia wykonawcy uczestniczenia w nim. Samo wykazywanie

spełnienia warunku udziału w postępowaniu, rozumiane jako wyczerpanie opisanej przez zamawiającego w danym postępowaniu sytuacji umożliwiającej uczestnictwo w postępowaniu jest zatem kwestią pozostającą poza sferą konkurencji między wykonawcami. Inną rzeczą jest natomiast jednoczesne posłużenie się w postępowaniu dwuetapowym dokumentami, które służą wykazaniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, do przyznania punktacji, umożliwiającej zaproszenie do składania oferty. W tym wypadku mamy bowiem już na tym etapie do czynienia z konkurowaniem między wykonawcami stopniem spełnienia warunku udziału, w celu znalezienia się – zwykle w węższym, aniżeli wynika to ze zgłoszonego akcesu do postępowania – gronie wykonawców, którzy zostaną zaproszeni do składania oferty. Podobnie jak w postępowaniach jednoetapowych za niedopuszczalne uznaje się uzupełnienie i modyfikacje tych elementów oferty, które podlegają ocenie [zasadniczo – oferowanej ceny], tak w postępowaniach dwuetapowych, konkurowanie między wykonawcami rozpoczyna się już na etapie wyłonienia grona wykonawców zaproszonych do składania oferty. W postępowaniach dwuetapowych, wykonawcy już zawartością składanych wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu - podanymi w nich informacjami dotyczącymi spełnienia warunków udziału w postępowaniu konkurują o możliwość uczestnictwa w drugim etapie – o zaproszenie do składania oferty. Składane dokumenty służą zatem podwójnemu celowi: nie tylko wykazaniu warunków dostępu do postępowania – spełnieniu jego warunków, ale także, a może przede wszystkim, wykazaniu jak najwyższego ich spełnienia, skoro na tej podstawie mają szansę zostać zaproszonymi do złożenia oferty. Postępowanie dwuetapowe w tej części zmierza zatem już nie do znalezienia grupy wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu, którzy sprościli spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, ale umożliwienia wyłonienia grupy wykonawców, którzy w najwyższym stopniu spełniają stanowiący dalsze kryterium dostępu do zamówienia warunek kwalifikujący do zaproszenia do składania oferty. Postępowanie dwuetapowe jest zatem ze swej natury postępowaniem otwartym nie tyle na umożliwienie jak najszerszemu kręgowi wykonawców złożenia oferty, ale postępowaniem, w którym tę ofertę mają złożyć wykonawcy w pewien sposób „najlepsi” – ci, którzy według ustalonych przez zamawiającego dla danego postępowania kryteriów, opartych na warunkach udziału w postępowaniu, w najwyższym stopniu je spełniają. W tego rodzaju procedurze, konkurowanie zaczyna się na etapie złożenia wniosku. Powyższe przemawia za uznaniem, że już w momencie składania wniosków wykonawca powinien złożyć komplet poprawnych dokumentów, które będą decydowały o przyznanej mu następnie punktacji pozwalającej na zakwalifikowanie do grona zaproszonych do składania oferty wykonawców, zaś uzupełnienie tych dokumentów jest niedopuszczalne, w zakresie ponad wynikający z konieczności wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu [w zakresie niezbędnym dla samego uczestnictwa

w postępowaniu]. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby umożliwienie, następnie, już po terminie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i po rozpoczęciu przez wykonawców uczestniczących w postępowaniu konkurencji o uzyskanie zaproszenia do składania oferty na zmianę, w wyniku uzupełnienia dokumentów, sytuacji tych wykonawców.

Powyższe stanowiłoby naruszenie reguł uczciwej, opartej na równych zasadach konkurencji pomiędzy wykonawcami – ta konkurencja przecież sprowadza się nie tylko do złożenia jak najlepszego wniosku, w jak najwyższym stopniu wykazującego spełnienie punktowanego warunku udziału w postępowaniu, ale elementem tej konkurencji jest uczynienie tego w czasie, jaki wykonawca ma – zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu – na złożenie wniosku. Czas jest więc tutaj także elementem, który wpisany jest w mechanizm konkurencji – w innej sytuacji jest bowiem wykonawca, który w określonym w ogłoszeniu terminie złożył określone dokumenty i na ich podstawie uzyskał odpowiednią punktację, w innej zaś – w sposób oczywisty korzystniejszej – ten, który uzyskał dodatkowy czas na dopełnienie swego wniosku odpowiednimi dokumentami. W przetargu ograniczonym wykonawcy konkurują najwyższym stopniem spełnienia stawianego warunku, co muszą wykazać wobec zamawiającego w czasie, jaki został wyznaczony na składanie wniosków. Zasadą jest bowiem składanie wniosków opatrzonej dokumentami znacznie przekraczającymi potrzebę wykazania warunku udziału w postępowaniu na poziomie minimum – a zdecydowanie większym, by uzyskać zaproszenie do składania oferty. Uczynienie tego w terminie wyznaczonym w ogłoszeniu na składanie wniosków jest tu więc elementem niezwykle istotnym w zakresie tego konkurencji: inne możliwości zgromadzenia dokumentów potwierdzających spełnienie punktowanego warunku, w tym dłuższy czas na ich uzyskanie stawiają wyraźnie w dogodniejszej pozycji tego wykonawcę, który nie złożył dokumentów licząc na wezwanie go w tym zakresie przez Zamawiającego, aniżeli tych wykonawców, którzy dołożyli takich starań w celu skompletowania dokumentów, jakie były możliwe do upływu terminu na składanie wniosków.

Gdyby inaczej rozumieć regulacje dotyczące przetargu ograniczonego oraz obowiązek wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy - zamawiający być może musiałby każdorazowo, gdy wykonawca nie uzyskał wystarczającej punktacji dla zaproszenia go do złożenia oferty, dawać szansę na podniesienie uzyskanego wyniku umożliwiającego zaproszenie do złożenia oferty, wzywając do uzupełnienia dokumentów. Nie sposób ustalić granic takiej praktyki, ale w takim wypadku zamawiający musiałby wypaczyć reguły konkurencji przez wykonawców, w sposób nie zasługujący na akceptację.

Reasumując, umożliwienie uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę tylko po to by podwyższyć punktację uprawniającą do zaproszenia do złożenia oferty, a nie by dać szansę na wykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu [warunku na poziomie minimum, pozwalającym na ocenę, że wykonawca spełnia stawiane przez zamawiającego wymagania], już po terminie składania wniosków należy uznać równoznaczne z wprowadzeniem nierównych reguł konkurencji pomiędzy wykonawcami. Sprzeciwiają się powyższemu zasady postępowania, w tym wyrażona w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* [Dz.U. Nr 41 poz. 238].

Skład orzekający: