

WYROK
z dnia 2 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 lipca 2016 r. przez wykonawcę C. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „Karoceza” – C. L., Konary 42, 27-640 Klimontów w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Gorzyce, ul. Sandomierska 75, 39-432 Gorzyce

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu - Gminie Gorzyce, ul. Sandomierska 75, 39-432 Gorzyce - unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, połączone wraz ze sporządzeniem pełnego pisemnego uzasadnienia faktycznego tych czynności,
2. kosztami postępowania obciąża Gminę Gorzyce, ul. Sandomierska 75, 39-432 Gorzyce i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10 000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez C. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „Karoceza” – C. L., Konary 42, 27-640 Klimontów tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Gminy Gorzyce, ul. Sandomierska 75, 39-432 Gorzyce na rzecz C. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „Karoceza” – C. L., Konary 42, 27-640 Klimontów kwotę **13 600 zł 00 gr** (słownie: trzynaście tysięcy sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015, poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnobrzegu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Gorzyce z siedzibą w Gorzycach przy ul. Sandomierskiej 75 - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie robót budowlanych pn. „Zwiększenie efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Gorzyce poprzez termomodernizację Zespołu Szkół we Wrzawach oraz Szkoły Podstawowej nr 1 im. ks. Adama Osetka w Gorzycach”.

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

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w BZP z dnia 14.06.2016 r. poz. 84917

W dniu 18.07.2016 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach, w tym o wykluczeniu z postępowania wykonawcy C. L., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. „Karoceza” – C. L. z siedzibą w Konarach 42, 27-640 Klimontów (dalej: „Odwołujący”).

W dniu 22.07.2016 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, przez przyjęcie, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy z przedstawionych przez Odwołującego dokumentów jasno wynika, iż spełnia on postawione warunki udziału w postępowaniu - warunek dotyczący wiedzy i doświadczenia,

2. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, przez jego zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, podczas gdy dotyczy on jedynie trybów złożonych,
3. art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez przekazanie Odwołującemu jedynie ogólnikowego oraz niepełnego uzasadnienia faktycznego przyczyn wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia oraz odrzucenia jego oferty,
- unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty,
- powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania m.in. wskazano, iż:

Decyzja o wykluczeniu Odwołującego z postępowania została uzasadniona przez Zamawiającego następująco: „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP nie dokonał uzupełnienia wskazanych dokumentów.”

W dniu 19.07.2016 r. Zamawiający przesłał pocztą e-mail sprostowanie ogłoszenia o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, w którym zmieniono uzasadnienie decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania na następujące: „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP nie dokonał prawidłowego uzupełnienia wskazanych dokumentów.”

1. Zarzut braku należytego uzasadnienia faktycznego wykluczenia Odwołującego

Odwołujący wyjaśniał, że nie posiada dokładnej wiedzy na temat charakteru podstawy faktycznej wykluczenia go z postępowania. Zamawiający, nawet po sprostowaniu (rozwinięciu o jeden dodatkowy wyraz) uzasadnienia faktycznego tej decyzji, zachował w tym zakresie pełną wstrzemięźliwość. Jedyne czego dowiedział się Odwołujący o przyczynach swojego wykluczenia to, że nie dokonał prawidłowego uzupełnienia wskazanych dokumentów. Można się domyślić, że chodzi o uzupełnienie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 11.07.2016 r. W tym wezwaniu Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia uzupełnionego wykazu robót budowlanych oraz dowodu określającego, że roboty wskazywane w wykazie robót zostały wykonane w sposób należyty oraz zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. Odwołujący w odpowiedzi załączył poprawiony wykaz robót budowlanych oraz referencją, z Gminy Baćkowice z wykazaniem wartości robót związanych z termomodernizacją.

Z uzasadnienia faktycznego wykluczenia z postępowania wynika, iż Zamawiający uznał uzupełnienie złożonych dokumentów za nieprawidłowe. Nie wiadomo czy dotyczy to obu dokumentów czy tylko jednego z nich, a jeśli jednego to którego. Trudno do końca określić Odwołującemu jaki błąd mógłby popełnić w wykazie robót. Przesłane Zamawiającemu referencje też nie odbiegają od standardowych i nie budziły u Odwołującego żadnych wątpliwości, kiedy je otrzymał.

Zdaniem Odwołującego właśnie w tym miejscu widać jak ważne jest należyte uzasadnienie faktyczne decyzji Zamawiającego o wykluczeniu wykonawcy z postępowania. Bez niego często brak jest możliwości zweryfikowania toku rozumowania Zamawiającego. A przecież każdy wykonawca ma do tego prawo. Nie można też nie wspomnieć, że Odwołujący pragnie nadal posługiwać się tymi referencjami, a teraz powinien się zastanawiać czy są prawidłowo wystawione.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w postawionym przez siebie warunku udziału w postępowaniu dotyczącym wiedzy i doświadczenia zamawiający wymagał m.in. wykonania co najmniej trzech robót polegających na termomodernizacji obiektów kubaturowych, każda z robót o wartości co najmniej 500 000 zł. Kluczowe jest więc ustalenie zakresu pojęcia „termomodernizacja”.

Podstawową zasadą interpretacji pojęć jest prymat definicji legalnej zamieszczonej w danym tekście prawnym. W niniejszym postępowaniu w żadnym miejscu specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy ogłoszenia zamawiający nie dookreślił jednak pojęcia „termomodernizacja”, ani tym bardziej go nie zawęził.

W tym miejscu można stanąć przed dylematem: czy przy interpretowaniu tego pojęcia posłużyć się definicją, legalną funkcjonującą w polskim systemie prawa czy posłużyć się potocznym znaczeniem tego słowa?

Pojęcie termomodernizacja zostało w polskim systemie prawa zdefiniowane jedynie pośrednio przez zdefiniowanie przedsięwzięcia termomodernizacyjnego w ustawie o wspieraniu termomodernizacji i remontów z dnia 21 listopada 2008 r. Zgodnie z art. 2 pkt 2 wskazanej ustawy.

Art. 2 Przedsięwzięcia termomodernizacyjne - przedsięwzięcia; których przedmiotem jest:

a) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie zapotrzebowania na energię dostarczaną na potrzeby ogrzewania i podgrzewania wody użytkowej oraz ogrzewania do budynków mieszkalnych, budynków zbiorowego zamieszkania oraz budynków stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego służących do wykonywania przez nie zadań publicznych,

b) ulepszenie, w wyniku którego następuje zmniejszenie strat energii pierwotnej w lokalnych sieciach ciepłowniczych oraz zasilających je lokalnych źródłach ciepła, jeżeli budynki wymienione w lit. o, do których dostarczana jest z tych sieci energia, spełniają wymagania w zakresie oszczędności energii; określone w przepisach prawa budowlanego; lub zostały podjęte działania mające na celu zmniejszenie zużycia energii dostarczanej do tych budynków,

c) wykonanie przyłącza technicznego do scentralizowanego źródła ciepła, w związku z likwidacją lokalnego źródła ciepła, w wyniku czego następuje zmniejszenie kosztów pozyskania ciepła dostarczanego do budynków wymienionych w lit a;

d) całkowita lub częściowa zamiana źródeł energii na źródła odnawialne lub zastosowanie wysokosprawnej kogeneracji;

Definicja ta pośrednio definiuje termomodernizację jako przedmiot przedsięwzięcia termomodernizacyjnego, a więc jako ulepszenie opisane w lit. a oraz ty wykonanie przyłącza opisanego w lit. c lub zamianę źródeł energii opisaną w lit. d.

Tak definiowana termomodernizacja obejmuje nie tylko prace termoizolacyjne, ale wszelkie prace skutkujące oszczędnością energii cieplnej w budynkach oraz sieci ciepłowniczej, prace polegające na wykonaniu przyłącza do scentralizowanego źródła ciepła czy prace zwiększające wykorzystanie energii ze źródeł odnawialnych.

Oszczędność energii cieplnej uzyskuje się nie tylko przez stosowanie izolacji ścian, ale również przez polepszenie izolacji dachu, fundamentów, wprowadzenie automatycznego dostosowania zużycia ciepła do zewnętrznych warunków, wymianę instalacji co na zapewniającą mniejsze utraty ciepła itp.

Sam Zamawiający nie tylko musiał się zetknąć z takim definiowaniem pojęcia „termomodernizacja”, ale również używać go w takim znaczeniu. Świadczy o tym znana Zamawiającemu treść obowiązków jednostek sektora finansów publicznych określonych w ustawie o efektywności energetycznej z dnia 15 kwietnia 2011 r. W tejże ustawie w art. 10 ust. 1 i 2 wskazano:

Art. 10

1. Jednostka sektora publicznego, realizując swoje zadania, stosuje co najmniej dwa ze środków poprawy efektywności energetycznej, o których mowa w ust 2.

2. Środkiem poprawy efektywności energetycznej jest:

1) umowa; której przedmiotem jest realizacja i finansowanie przedsięwzięcia służącego poprawie efektywności energetycznej;

2) nabycie nowego urządzenia, instalacji lub pojazdu, charakteryzujących się niskim zużyciem energii oraz niskimi kosztami eksploatacji;

3) wymiana eksploatowanego urządzenia, instalacji lub pojazdu na urządzenie, instalację lub pojazd, o których mowa w pkt 2, albo ich modernizacja;

4) nabycie lub wynajęcie efektywnych energetycznie budynków lub ich części albo przebudowa lub remont użytkowanych budynków, w tym realizacja przedsięwzięcia termomodernizacyjnego w rozumieniu ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów (Dz.U. z 2014 r. poz. 712);

5) sporządzenie audytu energetycznego w rozumieniu ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów eksploatowanych budynków w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. z

2013 r. poz.1409, z późn. zm.15)), o powierzchni użytkowej powyżej 500 m², których jednostka sektora publicznego jest właścicielem lub zarządcą.

W kontekście nazwy i celu prowadzanego przez Zamawiającego postępowania widać wyraźnie, iż Gmina Gorzyce realizuje tym postępowaniem swój obowiązek poprawy efektywności energetycznej. Realizuje go właśnie w sposób określony w pkt 4, dokładniej przez realizację przedsięwzięcia termomodernizacyjnego w rozumieniu ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o wspieraniu termomodernizacji i remontów, przywoływanej, wcześniej w. treści odwołania.

Wobec powyższego wydaje się oczywiste, iż sam Zamawiający na etapie przygotowywania postępowania rozumiał termomodernizację zgodnie z treścią ustawy o wspieraniu termomodernizacji i remontów.

Co więcej, zamawiający zapisał w ogłoszeniu o zamówieniu (pkt IV.4.16), że dla przedmiotu zamówienia został złożony wniosek o dofinansowanie ze środków Regionalnego Programu Operacyjnego Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020.

Szczegółowy Opis Osi Priorytetowych RPO Województwa Podkarpackiego na lata 2014-2020 przewiduje działanie wspierające termomodernizację - działanie 3.2 - Modernizacja energetyczna budynków, które umożliwia sfinansowanie:

- ocieplenia ścian, stropów, fundamentów, stropodachów lub dachów,
- modernizacji lub wymiany stolarki okiennej i drzwiowej lub wymiany oszkleń w budynkach na efektywne energetycznie,
- montażu urządzeń zaciemniających okna (np. rolety, żaluzje),
- izolacji cieplnej, równoważenia hydraulicznego lub kompleksowej modernizacji instalacji ogrzewania lub przygotowania ciepłej wody użytkowej, wraz z podłączeniem do sieci ciepłowniczej, lub wymianą źródła ciepła (kotły gazowe, kotły na biomasę),
- przebudowy i/lub budowy klimatyzacji i systemów chłodzących,
- likwidacji liniowych i punktowych mostków cieplnych,
- modernizacji systemu wentylacji poprzez montaż układu odzysku (rekuperacji) ciepła,

- zastosowania automatyki pogodowej i systemów zarządzania zużyciem energii budynku (w tym zaworów termostatycznych);
- modernizacji instalacji elektrycznych budynku, która skutkować będzie ograniczeniem strat energii,
- instalacji OZE w modernizowanych energetycznie budynkach,
- instalacji urządzeń wysokosprawnej mikrokogeneracji,
- modernizacji lub wymiany oświetlenia.

Dodatkowo z Planu Gospodarki Niskoemisyjnej dla Gminy Gorzyce na lata 2015-2020 przyjętego uchwałą Nr XX/133/16 Rady Gminy Gorzyce z dnia 9 marca 2016 r. wynika:

„5.2. Termomodernizacja budynków stanowiących własność Gminy

Zmniejszenie zapotrzebowania na energię cieplną budynków osiągane jest głównie poprzez zmniejszenie strat ciepła i tak: dla przegród zewnętrznych poprzez ocieplenie ścian> stropodachów (dachów); stropów nad piwnicami, a także wymianę okienni drzwi. Ponadto zmniejszenie współczynnika infiltracji powietrza zewnętrznego przez nieszczelności (głównie okna i drzwi) powoduje znaczące zmniejszenie strat ciepła na ogrzewanie zimnego powietrza. Termomodernizacji poddane zostaną budynki szkół we Wrzawach, Gorzycach oraz Zespołów Szkolno-Przedszkolnych w Trześni i Sokolnikach. Według wstępnych szacunków zapotrzebowanie na ciepło przed termomodernizacją wynosiło. około. 5 800 GJ/rok, a zapotrzebowanie na ciepło, po termomodernizacji,3,500. GJ/rok (szczegółowa informacja po opracowaniu audytu, którego przeprowadzenie planowane jest na 2016 r.).

Poniżej zakres rzeczowy prac termo modernizacyjnych w ramach zadań:

1. „Zwiększenie efektywności energetycznej budynków użyteczności publicznej w Gminie Gorzyce poprzez termomodernizację Zespołu Szkół we Wrzawach oraz Szkoły Podstawowej nr 1 im. ks. Adama Osetka w Gorzycach"

Zespół Szkół we Wrzawach (Wartość szacunkowa inwestycji: ok. 1510 287,32 zł):

- docieplenie ścian Zewnętrznych powyżej i poniżej poziomu terenu,
- docieplenie stropów,
- wymiana stolarki zewnętrznej (okna i drzwi),

- wymiana instalacji centralnego ogrzewania wraz z grzejnikami z wyłączeniem kotła centralnego ogrzewania,
- wykonanie instalacji fotowoltaicznej wspomagającej instalacji ciepłej wody użytkowej.

Szkoła Podstawowa nr 1 w Gorzycach (wartość szacunk. inwestycji: ok. 582 930,11 zł):

- docieplenie ścian zewnętrznych powyżej i poniżej poziomu terenu,
- wymiana części stolarki zewnętrznej (okna i drzwi),
- wykonanie instalacji fotowoltaicznej wspomagającej instalację ciepłej wody użytkowej.

W ocenie Odwołującego widać, że Zamawiający, planował, kompleksowe, przedsięwzięcie, termomodernizacyjne i nie ograniczył się do docieplenia ścian zewnętrznych. Tak przygotowane przedsięwzięcie i pełen zakres prac miałby podlegać sfinansowaniu ze środków europejskich właśnie jako całość prac termomodernizacyjnych.

Zdaniem Odwołującego trudno o lepsze przykłady pokazujące, iż Zamawiający konsekwentnie używa pojęcia „termomodernizacja” bez jego zawężania oraz stosuje przepisy, które używają pojęcia „termomodernizacja” bez jego zawężania. Tym samym trudno racjonalnie uznać, by Zamawiający miał prawo do odmiennej interpretacji tego pojęcia na potrzeby niniejszego postępowania, a już niemożliwym jest, by mógł taką interpretacją narzucać nieświadomym jej wykonawcom.

Dla potwierdzenia powyższego rozumowania Odwołujący pragnie dodać, iż trudno jest mówić o odrębnym potocznym znaczeniu pojęcia „termomodernizacja”. Takiego słowa nie zawiera Słownik Języka Polskiego Wydawnictwa PWN.

Jeśli uznać za przykład dostępnej Odwołującemu próbki języka potocznego wyniki wyszukiwania w serwisie Google News artykułów prasowych zawierających słowo termomodernizacja, to widać, że również to znaczenie nie jest wąskie.

W konsekwencji należy uznać, że nawet próba przyjęcia przez Zamawiającego potocznego znaczenia pojęcia termomodernizacja nie prowadzi do zawężenia zakresu takich prac jedynie do prac termoizolacyjnych, czyli docieplenia ścian.

Odwołujący przedstawił również jak wykazywane przez niego prace wykonane dla Gminy Baćkowice, polegające na rozbudowie i termomodernizacji budynku Szkoły Podstawowej we Wszachowie, wpisują się w pojęcie termomodernizacja. Do odwołania został załączony kosztorys ofertowy dla tamtej inwestycji. Zawiera on wszystkie prace i ich wycenę. Dodatkowo Odwołujący zaznaczył w kosztorysie prace, które zliczył do wskazanego kosztu prac termomodernizacyjnych.

Jednocześnie Odwołujący informował, iż nie odejmował od wartości prac głównych wartości prac ściśle powiązanych (np. uwzględnił prace przy skuciu posadzek i położeniu nowych, konieczne dla instalacji ogrzewania podłogowego).

Roboty rozbiórkowe zostały wycenione jako integralna część całości prac budowlanych. Były to prace prowadzone głównie w celu położenia nowego lepiej izolującego pokrycia dachowego oraz założenia instalacji ogrzewania podłogowego. Dodatkowo jest utrwaloną zasadą, że przy wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się wartości robót budowlanych polegających na modernizacji nie odejmuje się wartości prac rozbiórkowych, gdyż jest to po prostu pierwsze etap właściwych prac.

W pozycji roboty remontowe uwzględniono jedynie pozycje odnoszące się do położenia nowej Izolacji.

W pozycji nadbudowa piętra uwzględniono jedynie pozycje odnoszące się do położenia nowej izolacji oraz nowego lepiej izolującego pokrycia dachowego.

Pozycja podkłady i posadzki zawiera koszty prac przy przygotowaniu nowej posadzki i podkładów pod nią, koniecznych ze względu na wykonywane prace polegające na instalacji ogrzewania podłogowego.

Pozycja roboty dociepleniowe zawiera koszty robót dociepleniowych, co do charakteru których nawet Zamawiający nie powinien mieć wątpliwości.

Pozycja opaska wokół budynku wraz z dociepleniem i izolacją została uwzględniona ze względu na swój charakter ochronny m.in. przed wilgocią, ale również ze względu na to, iż były to prace niezbędne przy wykonywaniu innych prac dotyczących zewnętrznych elewacji.

Pozycje docieplenie stropu, wymiana okien zewnętrznych i wymiana stolarki zewnętrznej (bez schodów zewnętrznych i podjazdu) zostały uwzględnione ze względu na ich charakter - prowadzą one wprost do zmniejszenia zapotrzebowania budynku na energię cieplną.

Roboty branży elektrycznej zostały uwzględnione jako roboty nierozdzielnie łączące się z pozostałą częścią prac budowlanych.

Roboty branży sanitarnej dotyczą w całości pracy przy instalacji centralnego ogrzewania i prowadzą do zwiększenia jej efektywności m.in. przez unowocześnienie instalacji, montaż nowych grzejników i instalację ogrzewania podłogowego.

Instalacja PV (fotowoltaiczna) została uwzględniona jako prace zwiększające wykorzystanie energii ze źródeł odnawialnych.

Ogrodzenie instalacji PV zostało uwzględnione jako prace ściśle powiązane z głównym zakresem prac przy powstaniu instalacji.

Łączna suma wykazywanych prac termomodernizacyjnych przekracza 800 000 zł brutto, podczas gdy Zamawiający wymagał wykonania termomodernizacji o wartości jedynie 500 000 zł brutto.

W dniu 1.08.2016 r. do Izby, ze strony Zamawiającego, wpłynęła w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie, w której wnosił on oddalenie odwołania w całości. Pismo zawierało szczegółowy opis stanu faktycznego oraz szeroką argumentację dotyczącą wykluczenia z postępowania Odwołującego.

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W ogłoszeniu z dnia 18 lipca 2015 r. „o wyborze najkorzystniejszej oferty”, Zamawiający wskazał, iż wyklucza Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Natomiast w ramach uzasadnienia faktycznego czynności wskazano: „Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie o którym mowa w art. 26 ust. 3 PZP nie dokonał uzupełnienia wskazanych dokumentów.”

W sprostowaniu ww. ogłoszenia z dnia 19 lipca 2016 r. Zamawiający uzasadnienie swojej decyzji uzupełnił jedynie o jeden wyraz „prawidłowego”, który został dodany przed słowem „uzupełnienia”.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przytaczając, zgodnie z wymaganiami art. 196 ust. 4 Pzp, przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto należy wskazać, iż zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, zamawiający niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, jednocześnie zawiadamia o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia lub zapytania o cenę.

Rozpatrując i oceniając podstawy faktyczne wykluczenia z postępowania Odwołującego, wskazane przez Zamawiającego w ogłoszeniu z dnia 18 lipca 2016 r. (wraz ze sprostowaniem) Izba stwierdziła, iż Zamawiający żadnych podstaw faktycznych, dokonanej przez siebie czynności, właściwie nie podał. Wskazał jedynie ogólnie, że wykonawca na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, prawidłowo nie uzupełnił dokumentów.

Jak wynika z powyższego, Zamawiający nie podał i nie opisał konkretnych powodów wykluczenia Odwołującego z postępowania, tj. nie wskazał, które dokumenty złożone przez Odwołującego są nieprawidłowe lub z jakich powodów informacje w nich podane uznaje za niewystarczające. Nie wskazał więc w związku z jakimi okolicznościami faktycznymi uznaje, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Pośrednio wadliwość samej czynności ze względu na zaniechanie jej należytego uzasadnienia potwierdzał sam Zamawiający, przekazując Izbie pisemną odpowiedź na odwołanie, gdzie wymieniano szereg konkretnych okoliczności faktycznych, które zdaniem Zamawiającego winny skutkować wykluczeniem Odwołującego z postępowania. W świetle powyższego, podanie tego typu informacji od razu, w uzasadnieniu czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, było możliwe i nie nastroczało żadnych trudności.

W związku z powyższym należało potwierdzić zarzut odwołania i orzec naruszenie przez Zamawiającego dyspozycji art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez brak podania podstawy faktycznej wykluczenia Odwołującego z postępowania, co spowodowało wadliwość samej czynności wykluczenia z postępowania.

W zakresie naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, przez brak podania faktycznego uzasadnienia wykluczenia wykonawcy z postępowania Izba prezentuje pogląd tożsamy, z tym wyrażonym w uzasadnieniu wyroku Izby z dnia 17 października 2014 r. o sygnaturze akt KIO 2028/14, którego argumentację należy uznać za aktualną również w odniesieniu do rozpoznawanego stanu faktycznego: *„Przy czym zaznaczyć należy, iż naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy przez brak podania faktycznego uzasadnienia odrzucenia oferty nie jest naruszeniem li tylko formalnym, ale może mieć wpływ na przebieg, a tym samym wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Mianowicie podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i akuratne ich opisanie warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej względem takiej czynności. Natomiast sposób i możliwość korzystania ze środków ochrony prawnej ma bezpośredni wpływ na wynik postępowań o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 192 ust. 2 Pzp.*

Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tym samym zakres orzekania Izby wyznacza zakres zarzutów zawartych w odwołaniu. Natomiast zakres zarzutów zawartych w odwołaniu wyznacza zakres zarzutów podniesionych względem oferty w uzasadnieniu czynności jej odrzucenia przez zamawiającego. Wykonawcy mogą w odwołaniu

sensownie podnieść zarzuty jedynie względem takich podstaw faktycznych czynności, które zostały im zakomunikowane przez zamawiającego w uzasadnieniu tej czynności. Nie mogą sensownie podnosić zarzutów względem powodów odrzucenia ich oferty, których mogą się jedynie domyślać lub które zamawiający podał im na przykład dopiero w odpowiedzi na odwołanie albo na rozprawie, a uprzednio nie raczył wyrazić. Jakikolwiek podstawy odrzucenia oferty, które nie zostały wyrażone bezpośrednio, zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy, w ramach uzasadnienia danej czynności, ale są podnoszone przez zamawiającego dopiero w trakcie postępowania odwoławczego, nie mogą zostać wzięte pod uwagę przy wyrokowaniu przez Izbę. Powołany przepis art. 92 ust. 1 pkt 2, w zestawieniu z regulacjami dotyczącymi środków ochrony prawnej przewidzianymi w ustawie, służy m.in. zapobieganiu takim sytuacjom, w których wykonawcy dowiadują się o stwierdzonych przez zamawiającego wadach w ich ofertach, dopiero w ramach postępowania odwoławczego, ryzykując poniesienie jego kosztów.

W związku z powyższym jakiegokolwiek uzupełnienia powodów odrzucenia oferty dokonywane w trakcie postępowania odwoławczego nie mogą wywrzeć wpływu na jego przebieg. Natomiast inaczej należałoby odnieść się do sytuacji, w której zamawiający unieważnia pierwotną czynność odrzucenia oferty, a następnie ją powtarza (jako czynność nową) – tym razem już z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego tej czynności. W takim przypadku odwołanie (o ile nie zostałoby cofnięte) podlegałoby oddaleniu na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp, w związku z brakiem „w obrocie” czynności, której odwołanie dotyczyło. Natomiast wykonawca miałby możliwość oceny zasadności wniesienia odwołania względem nowej, akuratnie już uzasadnionej, czynności zamawiającego, w terminie liczonym od dnia podjęcia tej czynności”.

Ze względu na powyższe, w ramach przedmiotowego postępowania odwoławczego Izba nie orzekała o żadnych powodach wykluczenia Odwołującego, które nie zostały podane w uzasadnieniu czynności wykluczenia, ale były podnoszone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Natomiast w związku z popełnionym naruszeniem art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, Izba uwzględniła odwołanie względem tak przeprowadzonej czynności i nakazała Zamawiającemu jej powtórzenie wraz z podaniem pełnego uzasadnienia faktycznego czynności, w celu umożliwienia wykonawcy postawienia zarzutów co do ewentualnie stwierdzonych i akuratnie wyrażonych przez Zamawiającego faktycznych podstaw

wykluczenia z postępowania. Przy czym zaznaczyć należy, iż sentencja zapadłego wyroku nie zobowiązuje bynajmniej Zamawiającego do uzyskania dokładnie takiego samego wyniku oceny ofert, jak w przypadku czynności będącej przedmiotem niniejszego odwołania.

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

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

.....